Das
Chikaneverbot im BGB.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Leo Nast
Referendar.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1903.

Meiner lieben Mutter

gewidmet.

Inhalt.

§ I. Geschichte des Chikaneverbots.
§ II. Stellung des Chikaneverbots im Privatrecht.
§ III. Begriff der Chikane.
I. Allgemeines.
II. Die Rechtsausübung.
III. Die Schädigungsabsicht.
IV. Fassung des Chikanebegriffs im § 226 BGB.
§ IV. Anwendung des Chikaneverbots.
§ V. Wert des Chikaneverbots.

Litteratur.

1. Ahrens, „Recht und Rechtswissenschaft“ in Holtzendorffs Encyclopädie (III. Aufl.).
2. Arndts von Arnesberg, „Pandekten“ (XIV. Aufl.).
3. Banke, „Bestrafung der Chikane“ in seinen „Rechtswissenschaftlichen Untersuchungen“ (I. Aufl.).
4. Beseler, „System des deutschen Privatrechts“ (IV. Aufl.).
5. Blümner, „Lehre vom Rechtsmissbrauch“ (I. Aufl.)
6. Bruns, „Das heutige römische Recht“ in Holtzendorffs Encycl. (III. Aufl.).
7. Cosack, „Bürgerliches Recht“ (III. Aufl.).
8. Crome, „System des Deutschen Bürgerlichen Rechts“ (I. Aufl.).
9. Dernburg, „Pandekten“ (VI. Aufl.)
10. Dernburg, „Preussisches Privatrecht“ (V. Aufl.)
11. Dernburg, „Bürgerliches Recht“ (I. Aufl.).
12. Deutsche Juristenzeitung, Jahrg. V (1900).
13. Endemann, „Bürgerliches Recht“ (IV. u. VIII. Aufl.)
14. Enneccerus-Lehmann, „Bürgerliches Recht“ (II. Aufl.).

15. Fischer-Henle, „Bürgerliches Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz“ (III. Aufl.).
16. Fitting, „Reichscivilprocess“ (X. Aufl.).
17. Gareis, „Kommentar zum Allg. Teil des BGB.“ (I. Aufl.).
18. Gierke, „Deutsches Privatrecht“ (I. Aufl.).
19. Goldenberg, „Die Stellung des BGB. zur Chikane“, Rostocker Dissertation (1903).
20. Hachenburg, „Das BGB. für das Deutsche Reich. Vorträge“ (II. Aufl.).
21. Haidlen, „Das BGB. nebst dem Einführungsgesetz“ (I. Aufl.).
22. Hölder, „Kommentar zum Allg. Teil des BGB.“ (I. Aufl.).
23. Jhering, „Der Zweck im Recht“ (III. Aufl.).
24. Jhering, „Der Geist des römischen Rechts“ (I. Aufl.)
25. Jhering, „Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse des Nachbarn“ in den „Jahrbüchern f. d. Dogmatik“, Bd. VI.
26. „Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit etc.“ Bd. 20 (1900).
27. Jakubetzky, „Zur Frage des allgemeinen Chikaneverbots“ in Gruchot, Bd. 40.
28. „Juristische Monatsschrift für Posen, Ost- und Westpreussen“, IV. Jahrg. (1901).
29. Knuth, „Über die sog. Chikane nach gem. Recht und BGB.“, Königsberger Dissertation (1900)
30. Kuhlenbeck, „Das BGB. für das deutsche Reich nebst dem E.-G.“ (II. Aufl.).

31. Leonhard, „Der Allg. Teil des BGB. in seinem Einflusse auf die Fortentwickelung der Rechtswissenschaft“ (I. Aufl.).
32. Liszt, „Strafrecht“ (X. Aufl.)
33. Matthiass, „Bürgerliches Recht“ (I. Aufl.).
34. „Motive zum Entwurf I des BGB.“
35. Planck, „Kommentar zum BGB.“ (I. Aufl.).
36. „Protokolle der II. Lesung des Entwurfs zum BGB.“ (Guttentag).
37. Ramdohr, „Rechtsmissbrauch“ in Gruchot, Bd. 46.
38. „Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts“, Bd. V (1902).
39. Rehbein, „Das BGB. mit Erläuterungen“ (I. Aufl.).
40. Rewoldt, „Das Verbot der Chikane“ in Gruchot, Bd. 24.
41. „Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess“, Bd. 11 (1901).
42. Schollmeyer, „Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse“ (I. Aufl.).
43. Seufferts „Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte“, Bd. 57 (1902).
44. Sohm, „Institutionen des röm. Rechts“ (IV. Aufl.).
45. Thon, „Rechtsnorm und subj. Recht“ (I. Aufl.).
46. Wenderath, „Die sog. Chikane nach röm Recht und dem BGB.“, Erlanger Dissertation (1898).
47. Wilmowski und Levy, „Kommentar zur CPO.“ (VII. Aufl.).
48. Windscheid, „Pandekten“ (VII. Aufl.).
49. Zusammenstellung der Gutachten.

§ 1.

Geschichte des Chikaneverbots.

I.

Ob und inwieweit das römische Recht der Chikane[1] begegne, gehört zu den umstrittensten Fragen der gemeinrechtlichen Literatur. Die hierher gehörigen Quellenstellen[2] haben die verschiedenartigste Auslegung erfahren.

Windscheid[3] entnimmt aus ihnen ein allgemeines Chikaneverbot: „Die Ausübung eines Rechts ist deshalb nicht widerrechtlich, weil dadurch ein Andrer Schaden hat; nur das ist unerlaubt, ein Recht lediglich zu dem Ende auszuüben, um dadurch einem Andern zu schaden.“ Ihm schliesst sich die herrschende Meinung an.

Andre Autoren geben zu, dass jene leges ein Chikaneverbot aussprächen, aber nur ein auf die dort bezeichneten Ausnahmefälle beschränktes,

---

1) Zum Verständnis des Chikanebegriffs verweise ich vorderhand auf die Definition Windscheids.

2) Von ihnen seien erwähnt:
l. 1 § 12 D. de aqua et aquae 39,3 — l. 2 § 9 D. eodem — l. 38 D. de rei vind. 6,1 — l. 39 D. ad. leg. Aqu. 9,2 — l. 10 D. ad sero. präd. 8.2 — l. 27 D. ad. pign. 20,1.

3) Pand. I § 121, S. 342.

kein allgemeines Verbot: „Die Ausübung des Rechts ist ungehindert, wenngleich sie Andern zum Nachteil gereicht und dem Berechtigten selbst keinen Vorteil bringt. Doch wird in manchen Verhältnissen eine dem Berechtigten nutzlose, einem Andern schädliche Ausübung als unbillig und unsittlich nicht gestattet.“ [4]

Vereinzelt steht die Ansicht, es handle sich in jenen Quellenstellen überhaupt nicht um Chikane, weil allenthalben ein wesentliches Merkmal derselben fehle, bald das jure uti, bald der animus nocendi. [5]

II.

Dem deutschen Privatrecht ist der Gedanke des Chikaneverbots nicht fremd. [6] Es findet sich ein beschränktes Verbot, namentlich das Verbot des sog. Neidbaus in einzelnen Partikularrechten, so in der Münchener Bauordnung von 1489, Art. 27: „Item neydpau, die ainen schaden prächten, sollen verpoten sein.“ [7] Es findet sich aber vor allem ein weitgehendes Chikaneverbot im Allg. Preuss. Landrecht:

„Wer sich eines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf den Schaden, welcher einem Andern daraus entstanden ist, nicht ersetzen (§ 36 I 6).“

„Er muss aber denselben vergüten, wenn aus den Umständen klar erhellet, dass er unter mehreren

4) Arndts v. Arnesberg Pand. § 92.

5) Jhering „Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn“ im Jahrb. f. d. Dogm. Bd VI; Rewoldt „Das Verbot der Chikane“ bei Gruchot Bd. 24; Blümner „Lehre vom böswilligen Rechtsmissbrauch“.

6) Gierke Deutsches Privatrecht § 36, S. 320.

7) Beseler „Deutsches Privatrecht“ § 91, S. 386.

möglichen Arten der Ausübung seines Rechtes diejenige, welche einem Andern nachteilig wird, in der Absicht, denselben zu schädigen, gewählt habe (§ 37 I 6)."

Und weiter:

„Niemand darf ein Eigentum zur Kränkung oder Beschädigung Andrer missbrauchen (§ 27 I 8)."

„Missbrauch heisst ein solcher Gebrauch des Eigentums, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Andern zur Absicht haben kann (§ 28 I 8)."

Es ist klar, dass diese Paragraphen ein allgemeines Chikaneverbot nicht aussprechen. Doch sind sie von der massgebenden Literatur durchaus extensio interpretiert worden.[8]

III.

Das BGB. hat ein allgemeines Chikaneverbot aufgenommen:

„Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen (§ 226)."

Die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen etwas näher zu betrachten, ist deshalb lehrreich, weil uns schon hier viele der theoretischen und praktischen Erwägungen entgegentreten, die sich seither für und gegen ihn erhoben haben.

A. Der Entwurf I lehnte jedes Chikaneverbot ab. Die Motive[9] rechtfertigen dies damit, dass ein

8) Vgl. Dernburg „Preuss. Privatrecht § 35, S. 73.
9) Motive I S. 274, 275,

ausdrückliches Verbot überflüssig sei, weil der Entwurf die subjektiven Rechte schon von vorneherein so gestaltet habe, dass ein chikanöser Missbrauch derselben in hohem Grade erschwert sei: „Der Rechtsordnung fällt die Aufgabe zu, nur solche Rechte anzuerkennen, welche an sich geeignet sind, dem Wohle der menschlichen Gemeinschaft zu dienen.“[10] Als Beispiel führen die Motive § 970 des Entwurfs an. § 970 (jetzt § 1020) lautet: „Bei der Ausübung der Grunddienstbarkeit hat der Berechtigte das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks tunlichst zu schonen. Hält er zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück eine Anlage, so hat er sie in ordnungsmässigem Zustand zu erhalten, soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert.“

Hier wird also die Ausübung der Grunddienstbarkeit durch das Interesse des Eigentümers begrenzt. Dadurch ist in der Tat erreicht, dass der Grunddienstbarkeits-Berechtigte sein Recht überschreitet, sobald er den Eigentümer schädigt, wo er es vermeiden könnte — ob er diesen Schaden bezweckt oder nicht. Es ist dadurch der Chikane vorgebeugt.

Solcher Vorschriften des BGB., welche der Chikane vorbeugen, lassen sich noch viele aufzählen, und dies ist seitens der Literatur auch in ausgiebigstem Masse geschehen. Seit Jakubezky[11]

10) Motive I S. 274.

11) Jakubezky „Zur Frage des allgemeinen Chikaneverbots“ bei Gruchot Bd. 40, S. 591: „Ein allgemeines Chikaneverbot ist nicht aufgestellt, der Entwurf bestrebt sich aber, die Rechte, die er gewährt, so zu gestalten, dass dem Missbrauch zur böswilligen Be-

bemüht man sich allgemein, mit viel Ausführlichkeit und Scharfsinn darzulegen, nach welchen Grundsätzen und mit welchen Mitteln das BGB. der Chikane vorbeuge.[12] Dies erklärt sich bei Jakubezky: Denn er bekämpft das Verbot, und deshalb zog er alle Paragraphen heran, die bereits der Chikane vorbeugten, ein ausdrückliches Verbot also überflüssig machten. Dies lässt sich aber heute, da das Verbot lex lata ist, schwer begreifen, zumal jene Autoren dasselbe meist gutheissen. Es scheint mir doch wahrhaftig verlorene Mühe, darzutun, mit welchen Listen der Gesetzgeber die Chikane hätte befehden können, nachdem er ihr einmal offen entgegengetreten ist. Es ist aber auch aus einem andern Grunde bedenklich, jene Paragraphen mit § 226 in Beziehung zu bringen: Denn wenn sie sich auch nebenbei dazu verwerten lassen, dem animus nocendi zu begegnen, so ist doch anerkanntermassen ihr Hauptzweck, die objektive Schädigung der Beteiligten soweit als billig zu verhüten.[13] Jene Bedeutung übermässig hervorheben, heisst aber diese, die Hauptbedeutung zurücksetzen, und den betr.

---

schädigung eines Andern vorgebeugt wird." Als Beispiele der Vorbeugungsmethode des BGB. führt J. an: § 153 (jetzt 157); 236 (242); 889 II (905 III); 890 (906); 1439 (1456) u. a. m. des Entwurfs III.

12) Blümner a. a. O. behandelt in § 10 „Die Vorbeugung der Chikane im BGB." und zwar in § 10A „Die Vorbeugung durch prinzipielle Begrenzung der Rechte", in § 10B. „durch eventuelle Begrenzung der Rechte". Ganz ähnlich Goldenberg in seiner Dissertation „Die Stellung des BGB. zur Chikane", S. 44 ff. — Wenderoth „Die sog. Chikane nach röm. Recht und dem BGB.", S. 40 ff. — Planck, Kommentar zum BGB. I, S. 277 f.

13) Vgl. unten § 2 Abs. VIII.

Normen eine falsche Stellung im Privatrecht anweisen.[14] Nicht darauf kommt es an, festzustellen, inwieweit sie den § 226 ersetzen könnten, sondern inwieweit sie ihn ergänzen und mit ihm zusammenwirken. Diese Frage werde ich später (§ 2) zu streifen haben und wende mich jetzt wieder dem Entwurf I zu.

Dieser hatte also ein Chikaneverbot deshalb abgelehnt, weil es überflüssig wäre. Die Motive[15] führen des Weitern aus, ein Chikaneverbot sei unpraktisch, weil der Beweis, dass Jemand bei der Ausübung seines Rechts kein eignes Interesse verfolge, kaum zu erbringen sei. Es sei endlich sogar gefährlich, weil es vom Verpflichteten leicht zur „Bestreitung rechtsmässiger Ausübung, zur Rechskränkung missbraucht werden könne".

B. Der Standpunkt, den der Entwurf I einnahm, fand durchaus nicht die allgemeine Billigung. Insbesondere fasste das Landesökonomie - Kolleg folgenden Beschluss:[16] „Es bedarf der Aufnahme von Vorschriften wider die missbräuchliche Ausübung der Rechte einschliesslich des Eigentums, und insbesondere wider die Chikane nach dem Vorbilde des Allg. Preuss. Landrechts." Zur Begründung dieses Beschlusses wurde darauf hingewiesen, dass der Gedanke des Chikaneverbots sowohl dem römischen, als dem deutschen Recht vertraut sei. Auch ergäbe derselbe sich aus der Natur der Rechte;

14) Derselben Ansicht Ramdohr „Rechtsmissbrauch bei Gruchot Bd. 46, S. 591.

15) Motive I, S. 275.

16) Zusammenstellung des Gutachten Bd. VI, S. 207—9.

„denn jedes Recht trägt seine Schranke in sich selbst, die Befugnisse dienen zum Schutze vernünftiger Interessen und werden durch diesen ihren Zweck begrenzt". Es seien nicht nur sittliche Rücksichten, die für die Aufnahme des Verbots sprächen, sondern auch praktische: „Der Richter werde dadurch in den Stand gesetzt, ungerechtfertigte Ansprüche zurückzuweisen und die Rechtsprechung im Einklang mit der wahren Gerechtigkeit und dem Rechtsgefühl zu halten".

Dem gegenüber führte die Minorität des Kollegs im Ganzen dasselbe aus, was schon in den Motiven I zu finden ist. Ausserdem betonte sie noch, wie bedenklich ein Chikaneverbot für die Sicherheit der Rechtsprechung sei, da durch dasselbe dem Richter „zugemutet werde, aus der Seele desjenigen, der sein Recht ausübe, zu lesen, ob dieser sein Recht nur in der Absicht, zu schädigen, gehandhabt habe. Die Gefahr läge nahe, dass er in vielen Fällen, statt sich von klaren, scharfen Entscheidungsgründen leiten zu lassen, einem dunklen, höchst subjektiven Rechtsgefühle folge".[16]

C. Der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs ging der Antrag zu, als § 185 a aufzunehmen: „Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn die Geltendmachung unter den Umständen des Falls gegen die guten Sitten verstösst;" eventuell:

„Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen

werden, wenn erhellt, dass die Geltendmachung für den Berechtigten kein Interesse hat, dem Gegner aber erheblichen Nachteil bringen werde".[17]

Der Antrag bezweckt „einerseits die Aufstellung eines beschränkten Chikaneverbots, andrerseits die Anerkennung der sog. exceptio doli generalis und sucht der Rechtsprechung ein zur Berücksichtigung der ägnitas gegenüber dem formellen Recht dienliches Mittel an die Hand zu geben".[18]

Der Hauptantrag wurde abgelehnt, der Eventualantrag darauf zurückgezogen. Gegen das beschränkte Chikaneverbot wurden im Wesentlichen dieselben Gründe geltend gemacht, auf welche sich die Mot. I S. 274, 275, sowie die Minorität in den Verhandlungen des Landesökonomie-Kollegs gestützt hatten.

Auch der Entwurf II enthielt keine Bestimmung gegen die Chikane.

D. Der Entwurf III endlich, welchen der Bundesrat dem Reichstage vorlegte, hatte ein beschränktes Chikaneverbot aufgenommen:

„Eine Ausübung des Eigentums, die nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen, ist unzulässig". (§ 887 II des Entwurfs III.)

In der Reichstagskommission wurde beantragt, diese Bestimmung auf alle Rechte auszudehnen. Denn „es handle sich um eine Frage von all-

17) Protokolle zur 2. Lesung des Entwurfs Bd. I, S. 238—40. — Beide Anträge fallen durch ihre Unklarheit auf (vgl. darüber Blümner a. a. O. S. 130—132.

18) Protokolle zur II. Lesung, S. 239.

gemeiner, nicht auf ein bestimmtes Rechtsgebiet beschränkter Bedeutung, und entspräche auch der gemeinrechtlichen Theorie".[19] —

Demgegenüber wurde folgendes vorgebracht: Die Vorschrift des § 887 II sei auf alle dinglichen Rechte auszudehnen. Das Obligationenrecht aber bedürfe einer solchen Vorschrift nicht. Ein Gläubiger werde auf die Erfüllung seiner Forderung wohl nie ohne eignes Interesse dringen. Dagegen werde durch ein allgemeines Chikaneverbot der böswillige Schuldner in die Lage gesetzt, dies zu behaupten, und so den Prozess zu verzögern. Es sei daher „die Aufstellung eines gleichen Grundsatzes für das Obligationenrecht eher geeignet, die Chikane zu vermehren, als sie zu verhindern".[19]

Der Antrag ging mit geringer Majorität durch. Das Plenum des Reichstags nahm ihn debattelos an.

Es wurde als § 220 a (jetzt 226) aufgenommen:

„Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen".

19) Protokolle der Reichstagskommission. Vergl. Gareis, Kommentar zum Allg. Teil des BGB., S. 260.

§ II.

Die Stellung des Chikaneverbots im Privatrecht.

Motto:

„In der vom BGB. übernommenen Fassung enthält das Chikanverbot eine naheliegende Konsequenz des Rechtes selbst, und nicht etwa eine Verkennung der Grenzen zwischen Recht und Moral". (Ramdohr a. a. O. S. 590).

§ 226 lautet: „Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen".

Daraus folgt, die Ausübung eines subjektiven Rechts soll nicht diesen Zweck haben, der Gesetzgeber missbilligt diesen Zweck. Welchen Zweck soll nun die Ausübung eines subjektiven Rechts verfolgen, mit andern Worten: Zu welchem Zweck hat der Gesetzgeber dem Einzelnen seine subjektiven Rechte verliehen? Wir werden sehen, dass die Beantwortung dieser Frage uns die Grundlage geben wird zu einem Einblick in die Organisation des Privatrechts, und zu der Erkenntnis, welche Stellung das Chikaneverbot in demselben einnimmt.[1]

1) Ich werde hierbei etwas weit ausholen. Doch scheint mir dies notwendig, um die auffällige Erscheinung des Chikaneverbots zu erklären, und sei es mir deshalb gestattet. Ich hoffe, klarzu-

I.

Recht im objektiven Sinne ist der Inbegriff der Rechtssätze, die Rechtssätze aber sind die Gebote und Verbote des allgemeinen Willens.[2]

Wir unterscheiden öffentliches Recht und Privatrecht.

Die Aufgabe, die der allgemeine Wille sich stellt, die er in den Rechtssätzen zu lösen sucht — der Rechtszweck ist: Schutz der menschlichen Lebensinteressen.[3] Und zwar dient das öffentliche Recht vornehmlich dem Schutze der gemeinen, das Privatrecht dem Schutze der Einzelinteressen.[4]

Wie löst nun der allgemeine Wille diese Aufgabe? Indem er durch seine Rechtssätze die Lebensverhältnisse ordnet, denen die Lebensinteressen entspringen, und sie dadurch zu Rechtsverhältnissen erhebt. Da aber diese Lebensverhältnisse, soweit sie das Privatrecht angehen, zumeist als Herrschaftsverhältnisse der Einzelnen sich darstellen, so führt er die Ordnung in ihnen dadurch herbei, dass er die Willensherrschaft des Einzelnen durch seine Rechtssätze begrenzt, zum subjektiven Privatrechte erhebt.[5]

legen, dass das Chikaneverbot ein organisches Glied im Ganzen des Privatrechts vorstellt, daher weder legislativ unbrauchbar ist (Jhering, Jahrb VI. S. 104) noch aber einer Rechtfertigung durch das Moralgesetz bedarf (Endemann I § 85, S. 358; 1899).

2) Vgl. Thon „Rechtsnorm und subj. Recht", § 1.

3) Vgl. hierüber: Liszt „Strafrecht" § 13; Jhering „Der Zweck im Recht" Cap. VIII, 12: Der Zweck des Rechts — die Lebensbedingungen der Gesellschaft".

4) Vgl. Dernburg „Bürgerl. Recht" I § 17, S. 47.

5) Vgl. Cosack „Bürgerl. Recht" I § 14, S. 52.
Gierke „Deutsches Privatrecht" § 27.

Wesen des subjektiven Privatrechts ist also: Rechtlich begrenzte und geschützte Willensmacht des Einzelnen. Zweck des subjektiven Privatrechts aber ist: Schutz der menschlichen Einzelinteressen.[6]

Somit haben wir folgende Leitsätze zum Verständnis der Organisation des Privatrechts gewonnen:

Das Privatrecht (im objektiven Sinne) dient dem Schutze der menschlichen Einzelinteressen.

Zu diesem Zwecke erschafft es die subjektiven Privatrechte. Wesen des subjektiven Privatrechts ist: Rechtlich begrenzte Willensmacht des Einzelnen.

Diese Leitsätze wollen wir nun des Näheren ausführen.

II.

Zunächst: Welchen Interessen[7] des Einzelnen dient denn der Gesetzgeber[8] im Privatrecht? Wägt er etwa die Interessen Aller gleichmässig ab,

6) So löst sich der Gegensatz zwischen der Windscheidschen und der Jheringschen Ansicht von der Natur des subj. Rechts auf (vgl. darüber Gierke „Deutsches Privatrecht" § 27, S. 253, 254 — Matthiass drückt diese Scheidung von Wesen und Zweck des subj. Privatrechts folgendermassen aus: „Das subj. Recht ist demnach die dem Einzelnen zur Verwirklichung bestimmter Interessen gewährte Macht" (Bürgerl. Recht I, S. 55)

7) „Interesse" im obj. Sinne ist das, woran ich beteiligt bin, also zunächst mein Nutzen. Vorteil; sodann das, was meinem Nutzen dient, also das Gut. — „Interesse" im subj. Sinne ist das Beteiligtsein, Interessiertsein: Also mein Streben nach meinem Nutzen, nach einem Gut. — Zweck des Rechts ist, genau genommen, nur der Schutz der subj. Interessen (vgl. Jhering „Zweck im Recht", Cap. VIII, 12).

8) Der allgemeine Wille tritt heute überwiegend als Gesetzgeber in Erscheinung.

sucht er, indem er hier gibt, dort nimmt, Jedem das Gleiche zu geben?[9] Nein, er sucht Jedem das Seine zu geben, er schützt uns die tatsächlich begründeten Interessen. Herren und Diener, Arme und Reiche gab es in allen menschlichen Gemeinschaften, und seit je sanktionierte das Recht dieser Gemeinschaften den Überfluss der Reichen und die Bedürftigkeit der Armen.

Drückt also das Privatrecht nur den jeweiligen tatsächlichen Zuständen sein Siegel auf, schützt es alle tatsächlich begründeten Interessen? Nein, denn hinter ihm steht ja der allgemeine Wille, also auch der Wille der Schwachen. Der allgemeine Wille mag und kann nicht die tatächlichen Zustände von Grund aus umgestalten, denn er ist ja aus ihnen erwachsen.[10] Aber er vermag sie hier und da zu bessern, hier Veraltetes auszustossen,[11] dort Härten zu mildern.[12] Er schützt nur diejenigen unter den tatsächlich begründeten Interessen, welche er für schutzwürdig[13] befindet.

Endlich sei noch erwähnt, dass der Gesetzgeber nur die Interessen schützt, die ihm des Schutzes

---

9) Vgl. die sozialistische Staatstheorie.

10) Die Abhängigkeit des Rechts von den wirtschaftlichen und sozialen Zuständen ist heute anerkannt (dagegen „Naturrechtsschule"). Ja, sie wird vielleicht übertrieben betont. Dagegen R. Stammler, „Wirtschaft und Recht", welcher W. und R. als verschiedene, gleichwertige Seiten einer Erscheinung auffasst.

11) Vgl. Aufhebung der Schuldknechtschaft, Sklaverei.

12) Vgl. die römische Gesetzgebung, soweit sie dem Schuldner, die deutsche Reichsgesetzgebung, soweit sie dem Arbeiter freundlich ist.

13) Vgl. Liszt a. a. O. § 13.

bedürftig erscheinen. Denn es liegt ihm fern, den Einzelnen zu bevormunden. Er schützt die Interessen, die aus der Ehe, aber nicht die, welche aus der Freundschaft entspringen. Er schützt die guten Sitten, aber nicht den guten Ton.

Wir können also unsere Untersuchung darüber, welchen Lebensinteressen das Privatrecht dient, beenden und die Antwort dahin zusammenfassen: Den tatsächlich begründeten, schutzwürdigen und schutzbedürftigen Interessen der Einzelnen (kurz: rechtlich geschützte, oder rechtliche Interessen.[14])

III.

Es erhebt sich nunmehr die zweite Frage? Auf welche Weise schützt denn das Privatrecht die Einzelinteressen? Wir hatten schon oben die Frage ganz allgemein dahin beantwortet: Indem es die subj. Privatrechte schafft. Das bedeutet, da ja subj. Recht rechtlich begrenzte und geschützte Willensmacht ist: Der Gesetzgeber gibt dem Willen des Einzelnen Raum, soweit sein rechtliches Interesse geht. Innerhalb dieser Schranken mag er sich frei betätigen. Bleibt er untätig, so ist das seine Sache. Überschreitet er aber die Schranken und verletzt dadurch die rechtlichen Interessen eines Anderen,[15] so überschreitet er sein subj. Recht.

Dies ist also das oberste Prinzip, welches den

14) Das BGB. spricht von „rechtlichen Interessen", z. B. §§ 368, 810, 1063 u. a. m.

15) Was immer geschieht, da die Interessensphären der Einzelnen zusammenstossen.

Gesetzgeber bei Gestaltung der subj. Privatrechte leitet: Er begrenzt die Willenssphären der Einzelnen gemäss ihren Interrenssphären,[16] denn die Interressen des Einzelnen zu schützen ist ja seine Aufgabe.

IV.

Wie verwertet nun der Gesetzgeber dies Prinzip praktisch, im Gesetzbuch?[17]

Er legt zunächst ein für allemal die Begriffe der subj. Rechte fest. In abstrakthypotetischen Sätzen[18] entwickelt er die Voraussetzungen des Entstehens und des Erlöschens der subj. Rechte, sowie ihren Inhalt. Bei alledem leitet ihn die Rücksicht auf die rechtlichen Interessen der Beteiligten, d. h. auf ihre tatsächlich begründeten, schutzwürdigen und schutzbedürftigen Interessen. Betrachten wir beispielshalber das Grundeigentum des BGB. in seinen Hauptzügen:

Das Grundeigentum muss wohlerworben sein. Dies bedeutet zunächst, es muss sich auf eine Tatsache gründen, welche dem Interessenten die Willenskraft über das Grundstück gibt. Doch nicht jede dieser Tatsachen ist zugleich geeignet, ihm das Recht zu geben. Erobert er das Grundstück, indem er den bisherigen Herrn gewaltsam

16) Deshalb kann man aber nicht sagen, dass subj. Recht rechtlich geschütztes Interesse ist. Jhering, der dies sagt, („Geist des röm. R." III § 60) verwechselt Zweck und Wesen des Rechts (vgl. dazu Cosack I § 14, S. 53).

17) Man könnte diese Frage die Frage nach der „Technik des Gesetzgebers" nennen.

18) „Wenn der und der Thatbestand eintritt, werde ich die und die Rechtsfolge verwirklichen."

daraus vertreibt, so begründet er kein Eigentum. Denn der Gesetzgeber schützt ja unter den tatsächlich begründeten nur die schutzwürdigen Interessen: Die durch Gewalt erlangte Herrschaft über eine Sache aber missbilligt er. Will daher der Interessent das Eigentum an einem Grundstück begründen, das ein Anderer hat, so muss er sich die Willensherrschaft darüber auf Grund freier Vereinbarung mit dem Andern verschaffen: Übertragung des Grundeigentums (§ 925 BGB.) Doch auch die Willenskraft über ein Grundstück, die durch Erbgang, Zwangsversteigerung oder Enteignung, durch Buchersitzung (§ 900) oder Ersitzung kraft Aufgebots (§ 927) erworben ist,[19] billigt der Gesetzgeber: daher gibt sie das Eigentum.

Wie der Gesetzgeber das Interesse an einem Grundstück nur dann schützt, wenn es tatsächlich begründet ist, so schützt er es auch nur solange, als es tatsächlich begründet ist. Zerreisst das Willensband, welches das Grundstück an den Interessenten knüpft (Untergang des Grundstücks (Insel); Tod des Herrn; Veräusserung: § 925; Aufgabe: 928; Versitzung: § 900, 927), so erlischt auch das Eigentum. Es erlischt aber schon vorher, wenn das Interesse an dem Grundstück aufhört, schutzwürdig zu sein: Zwangsversteigerung, Enteignung.

Was den Inhalt des Grundeigentums angeht, so stellt er sich das als die Befugnis, mit dem Grundstück nach Belieben zu verfahren und Andere

19) Vgl. darüber Cosack II § 197.

von jeder Einwirkung fernzuhalten.[20] (§ 903). Denn das Interesse, über eine Sache nach Willkür zu schalten und zu walten, erscheint dem Gesetzgeber als eines der schutzbedürftigsten und schutzwürdigsten.[21] Und das mit Recht! Denn einmal sind die Sachgüter von je den heftigsten Angriffen ausgesetzt gewesen, ferner aber ist der schroffe Eigentumsbegriff einer der wichtigsten Grundpfeiler unserer modernen Volkswirtschaft.

V.

Aus diesem Beispiel ersehen wir, wie der Gesetzgeber den Interessen, die ein Grundstück erzeugt, gerecht wird: Er ordnet die tatsächlichen Verhältnisse des Grundstücks, er schafft ein subj. Privatrecht, das Grundeigentum, und gestaltet seinen Begriff derart, dass die rechtlichen Interessen aller Beteiligten gewahrt bleiben.

Auf diese Weise hat er seine Aufgabe, den Interessenschutz in abstracto, im Durchschnitt glücklich gelöst. Aber nur in abstracto! Im konkreten Falle wird die Lösung oft unvollkommen sein. Diesmal will ich mit einem Beispiel beginnen:

2 Gutsbesitzer, A und B sind Nachbarn. A, welcher hauptsächlich Rüben baut, möchte dieselben nicht mehr, wie bisher, verkaufen, sondern selbst verarbeiten; er will daher eine Zuckerfabrik anlegen. B jedoch verwehrt ihm dies, da ein Fabrikbetrieb

20) Denn dies ist der begriffliche Inhalt des Eigentums (vgl. Cosack II § 195, S. 101).

21) Deshalb geniesst es auch weitgehenden strafrechtlichen Schutz (vgl. Liszt a. a. O. § 13 III).

mit mannigfachen Einwirkungen auf sein Grundstück verbunden sei: Rauch und Russ, Gerüche und Erschütterungen würden auf sein Gut herüberdringen. Tatsächlich aber ist sein Interesse, die Fabrikanlage zu vereiteln, bei weitem nicht so erheblich, wie das des A, sie durchzusetzen. Denn sein Grundstück besteht dort, wo es an das des A stösst, nur aus Feldern, deren Benutzung durch den Fabrikbetrieb kaum beeinträchtigt werden dürfte, zu seinem ferngelegenen Gutshof aber können die Einwirkungen garnicht hindringen.

Wie entscheidet sich hier der Gesetzgeber? Soll er den B, der sich auf den Eigentumsbegriff stützt, gewähren lassen? Dann würde er seiner Aufgabe, die rechtlichen Interessen zu schützen, im gegebenen Falle nicht gerecht werden, denn im gegebenen Falle ist das Interesse des B nicht mehr schutzwürdig. Soll er also den Eigentumsbegriff wieder umgestalten? Nein, denn dieser hat sich ja in abstracto, im Durchschnitt als brauchbar erwiesen.

Der Gesetzgeber hilft sich damit, dass er den Eigentumsbegriff an sich unverändert lässt, ihn im gegebenen Falle aber von aussen her einschränkt, durch Rechtssätze nämlich, welche dem Begriff des Eigentums weder etwas nehmen, noch hinzufügen, welche vielmehr ganz selbständiger Natur sind: Durch die Sätze des Nachbarrechts.

Wenn B. dem A. seine Fabrikanlage verwehrt so übt er in abstracto sein Eigentums aus. Er verstösst aber in concreto wider den Zweck, zu welchem dies Recht ihm verliehen ist: Die Wahrung

der rechtlichen Interessen aller am Grundstück Beteiligten. Man kann demnach sagen: Er missbraucht sein Eigentumsrecht. Denn Missbrauch eines Guts ist Gebrauch desselben zu einem Zwecke, zu welchem es nicht bestimmt ist; Rechtsmissbrauch also die Ausübung eines subj. Rechts, welche dem Rechtszweck widerspricht.[22] Solchen Rechtsmissbrauch duldet aber der Gesetzgeber diesmal nicht. Deshalb sieht er im gegebenen Falle von der logisch-konsequenten Durchführung des Eigentumsbegriffes ab und berücksichtigt die Billigkeit: Er versagt dem Grundeigentümer, solche Einwirkungen auf sein Grundstück abzuwehren, welche „die Benutzung desselben garnicht oder nur unwesentlich beeinträchtigen" (§ 906).

Solcher Rechtssätze, welche dem Missbrauch eines subj. Rechts wehren, indem sie es unter gewissen Umständen von aussen her einschränken, in welchen der Gesetzgeber den starren Begriff des subj. Rechts fallen lässt und auf den Zweck zurückgreift, zu dem er den Begriff geschaffen hatte, in welchen er also gleichsam sich auf sich selbst besinnt, sich „selbst korrigiert" — Blümner a. a. O. — solcher Rechtssätze gibt es zahlreiche im BGB.[23] Man könnte sie im Gegensatz zu denjenigen, welche die Begriffe der subj. Rechte bilden (Sätze des logischen Rechts), „Sätze des billigen Rechts" nennen, wobei

22) Ramdohr a. a. O., S. 587, 588. — Goldenberg a. a. O. S. 16—18.

23) So gehören fast alle Rechtssätze hierher, welche von der Litteratur mit dem Chikaneverbot in Beziehung gebracht wurden (vgl. § 1 III).

natürlich zu beachten wäre, dass auch die Sätze des logischen Rechts in abstracto der Billigkeit dienen. Man könnte sie auch „sekundäre Rechtsätze“ [24] nennen. Diese Bezeichung würde sowohl ihre Stellung im Privatrecht andeuten, als auch die Zeit ihrer Entstehung: Denn regelmässig bilden sie sich später als die „primären Rechtssätze“. (Vgl. Geschichte des römischen Rechts: jus strictum-äquum.)

VI.

Die „primären“ Rechtssätze also bilden die Begriffe der subj. Privatrechte. Rechtsmissbrauch ist eine solche Ausübung des subj. Privatrechts, welche dem Rechtszweck widerstreitet. Dem Rechtsmissbrauch wehren die „sekundären“ Rechtssätze. Er hält sich demnach innerhalb der Grenzen der primären, überschreitet aber die Grenzen der sekundären Rechtssätze: Es ist eine besondere Form der Rechtsüberschreitung überhaupt.

Es versteht sich nun von selbst, dass der Gesetzgeber dem Gesetzmissbrauch nur in seinen krassesten Erscheinungen begegnet. Denn es wäre widerspruchsvoll, wollte er dem Einzelnen zuerst eine fest umgrenzte Willenssphäre einräumen, und

---

24) Durch diese Neubezeichnungen soll nicht etwa der Anschein erweckt werden, als sei hier ein festes Prinzip gesetzgeberischer Technik neu entdeckt worden. Denn einmal würde ich mich nicht getrauen, alle Normen des Privatrechts in eine dieser Gattungen Rechtssätze einzufügen, und ferner war diese Unterscheidung von Rechtssätzen bereits solange bekannt, als man das „äquum jus“ dem „strictum jus“ gegenüberstellte (vgl. Sohm „Institutionen“ § 7 V, S. 17).

diese hinterher durch unzählige Clauseln wieder einengen. Das würde nicht nur eine unerträgliche Bevormundung des Einzelnen bedeuten, sondern auch den Begriff des subj. Rechts völlig auflösen. Wir können nun folgendes feststellen: [25] Der Gesetzgeber duldet den Rechtsmissbrauch grundsätzlich, soweit er gegen den Rechtszweck dadurch verstösst, dass er die rechtlichen Interessen des Berechtigen nicht fördert, oder gar schädigt: Rechtsausübung ohne — gegen eignes Interesse; unvernüftiger Rechtsmissbrauch. Er wehrt ihm aber grundsätzlich, sobald er dem Rechtszweck dadurch widerspricht, dass er die rechtlichen Interessen eines Andern verletzt: Rechtsausübung zum Schaden Andrer; unsittlicher Rechtmissbrauch.

Ob Jemand sein Recht richtig ausnütze, geht nur ihn an. Dass er es aber nicht zum Schaden seiner Mitmenschen ausbeute, geht die Allgemeinheit und den Gesetzgeber an.

Beide Grundsätze sind aber von zahlreichen Ausnahmen durchbrochen: So darf der Namensberechtigte sein Recht gegenüber dem Andern, der den Namen unbefugt gebraucht, nur dann geltend machen, wenn er ein Interesse daran hat (§ 12). So darf der Eigentümer eines Grundstücks diejenigen Einwirkungen nicht verbieten, die so hoch oder so tief vorgenommen werden, dass er an ihrer Ausschliessung kein Interesse hat (§ 905). Andrerseits wird es nur zu oft Einzelnen gelingen, die Macht,

25) Vergl. darüber Dernburg „Preuss. Privatrecht“ § 35, S. 73, — Hölder „Kommentar zum Allg. Teil d. BGB.“, S. 458.

die ihre Rechte ihnen geben, zum Schaden Andrer zu missbrauchen, ohne dass der Gesetzgeber eingreifen kann. Beispiele hierfür anzuführen, ist ganz und gar überflüssig. Wie sehr der Staat sich bemüht, diese Lücken seiner Gesetzgebung mehr und mehr auszufüllen, zeigt grade die moderne Gesetzgebung. (z. B. die Wucher-, Bank-, Börsengesetze. Vgl. ferner die Kartellgesetzvorschläge des Deutschen Juristentages 1902).

Wir haben oben den „unvernünftigen" und den „sittlichen" Rechtsmissbrauch unterschieden. Jetzt müssen wir noch eine neue Begriffsscheidung einführen; Rechtsmissbrauch im objektiven und Rechtsmissbrauch im subjektiven Sinne. Jener ist Rechtsausübung mit einem Erfolge, der dem Rechtszweck widerspricht, ohne dass dabei die Absicht des Berechtigten in Betracht kommt. Dieses ist Rechtsausübung in einer Absicht, die dem Rechtszweck widerspricht, ohne dass dabei der Erfolg der Rechtsausübung in Frage kommt. Jener also ist Rechtsausübung ohne eignes obj. Interesse (Nutzen), resp. unter obj. Schädigung eines Andern. Dieser ist Rechtsausübung ohne eignes subj. Interesse (Streben nach Nutzen), resp. in der Absicht, einen Andern zu schädigen.

VII.

Wir gehen nunmehr dazu über, einige der wichtigsten „sekundären" Rechtssätze des BGB. aufzuzählen:

A. Dem Rechtsmissbrauch im obj. Sinne steuern:

§ 826 BGB.: Er verbietet alle Handlungen — also auch die, welche auf grund eines Rechts erfolgen —, soweit sie gegen die guten Sitten verstossen. Somit enthält es eine Einschränkung aller subj. Privatrechte.

§ 242 grenzt alle Forderungsrechte durch die Vorschrift ab, dass sie nur „nach Treu und Glauben[26] mit Rücksicht auf die Verkehrssitten" ausgeübt werden dürfen. (Denn § 242 richtet sich vor allem gegen den Gläubiger. Vgl. Cosack I § 84, S. 302). Sowohl § 242 als § 826 treffen den „unsittlichen" Rechtsmissbrauch (Rechtsausübung zum Schaden Andrer), denn nur er wird gegen die guten Sitten resp. Treu und Glauben verstossen.

Derselben Form des Rechtsmissbrauchs begegnen: § 605, welcher das Recht des Entleihers durch das Interesse des Verleihers, 1020, welcher das Grunddienstbarkeitsrecht durch das Interesse des Eigentümers begrenzt; ferner die §§ 1353, 1354, 1356, 1357, welche die eheherrliche Gewalt einschränken, indem sie den Missbrauch derselben verbieten.

Dagegen richten sich gegen den „unvernünftigen" Rechtsmissbrauch (Rechtsausübung ohne eignes Interesse): § 12, welcher das Namenrecht, § 810, welcher das Recht auf Vorlegung einer Urkunde durch das Interesse des Berechtigten begrenzt.

Wir sehen sofort, dass die Rechtssätze wider

26) Natürlich geben „Treu und Glauben" ebenso wie „gute Sitten" einen obj. Massstab. Vgl. Schollmeyer (Kommentar zu BGB. II zu § 242).

den unvernünftigen Rechtsmissbrauch entfernt nicht solche Tragweite haben, wie die Rechtssätze wider den unsittlichen Rechtsmissbrauch (vgl. oben Abs. VI).

Während die bisher genannten secundären Rechtssätze die betr. Rechte in toto einschränken, gibt es andere, die nur einzelne Befugnisse oder Ansprüche begrenzen, welche in den subj. Rechten enthalten sind:

§§ 459 und 468 begrenzen die Ansprüche des Käufers hinsichtlich Mängel der Kaufsache, § 634 die Ansprüche des Werkbestellers hinsichtlich Mängel des Werks durch die Interessen des Käufers, resp. Werkbestellers, indem sie „Erheblichkeit" des Mangels verlangen.

§ 626 beschränkt den Anspruch des Dienstberechtigten resp. -Verpflichteten gegen den Vertragsgegner auf Einhaltung der Kündigungsfrist, wenn ein „richtiger Grund" vorliegt, also durch das Interesse des Vertragsgegners; § 671 die Befugnis des Beauftragten, jederzeit zu kündigen, durch das Interesse des Auftraggebers u. a. m.

B. Was nun dem Rechtsmissbrauch im subj. Sinne angeht, so wendet sich gegen ihn nur eine, allerdings weitgehende Bestimmung: Das Chikaneverbot des § 226.

§ 226 schränkt alle subj. Privatrechte dadurch ein, dass er ihre chikanöse Ausübung verbietet. D. h. die Ausübung, welche nur in der Absicht erfolgen („nur den Zweck haben") kann, einen andern zu schädigen. Endemann spricht hier von „bösem",

Blümner noch bezeichnender vom „böswilligem Rechtsmissbrauch".

Es ist nicht verwunderlich, dass der Gesetzgeber nur dieser einen Art des Rechtsmissbrauchs im subj. Sinne entgegentritt: Denn es ist bedenklich, ein subj. Moment, wie die Absicht zum Tatbestandsmerkmal zu machen.[27] Einmal nämlich wird es oft schwer zu beweisen sein, dass der Berechtigte sein Recht grade in einer bestimmten Absicht ausgeübt habe. Ferner aber ist es für die individuelle Freiheit, die doch im Privatrecht eine so grosse Rolle spielt, nicht ungefährlich, wenn der Berechtigte sich über die Absicht verantworten muss, in der er sein Recht ausübte.

Es ist andrerseits nicht verwunderlich, dass der Gesetzgeber grade dieser Art des Rechtsmissbrauchs im subj. Sinne, grade der Chikane entgegentritt. Denn wir werden unten (§ III) sehen, das die Chikane eine ganz besonders krasse Form des Rechtsmissbrauchs vorstellt.[28]

VIII.

Zum Schlusse will ich noch einiges über die Natur der „sekundären" Rechtssätze hinzufügen, welches sich aus dem vorhergehenden (Abs. VII) ergibt.

---

27) Vgl. dazu dasjenige, was die Motive I, die Minorität des Landesökonomie-Kollegs, wie der Reichstagskommission gegen das Chikaneverbot angeführt haben (§ I III). — Ferner Jhering im Jahrb. VI, S. 104, 105.

28) Vgl. auch Ramdohr a. a. O. S. 588, 589. — Zu erwähnen ist noch, dass einige Vorschriften des BGB. sich gegen den Rechtsmissbrauch im obj. und subj. Sinne richten: §§ 1456, 2287, 2288.

1. Allen sekundären Rechtssätzen ist es gemeinsam, dass sie die subj. Privatrechte von aussen her einschränken, sobald die begrifflichen Schranken derselben, welche von den primären Rechtssätzen gebildet werden, nicht ausreichen, die Interessen aller Beteiligten zu wahren, einen Missbrauch der Rechte zu verhüten.

Und zwar schränken einige der sek. Rechtssätze alle Privatrechte ein: §§ 826, 226; andre ganze Rechtsgattungen: § 242; andere nur ein einzelnes Recht: §§ 12, 905, 1020; noch andre nur einzelne Ansprüche oder Befugnisse, die in einem Recht enthalten sind: §§ 459, 634, 671.

2. Ferner aber ist allen sekundären Rechtssätzen gemein, dass sie den Tatbestand, an den sie eine Rechtsfolge knüpfen, nicht genau feststellen, sondern nur umschreiben, andeuten. Die genaue Feststellung überlassen sie für jeden Einzelfall dem billigen Ermessen des Richters. Er mag entscheiden, wann eine Rechtsausübung im gegebenen Fall wider die guten Sitten oder chikanös ist (§§ 826, 226); wann die Geltendmachung einer Forderung wider Treu und Glauben verstösst (§ 242); wann die Ausübung der eheherrlichen Gewalt Missbrauch derselben bedeutet (§§ 1353, 1354); wieweit das Interesse des Verleihers, des Grundeigentümers geht (§§ 605, 1020); wann der Mangel einer Kaufsache erheblich ist (§ 459) u. s. w.

Und das mit Recht! Denn die sekundären Rechtssätze sollen ja nicht Sätze des unbeugsamen, logischen Rechts sein, sondern des billigen und

daher dehnbaren Rechts, des Rechts, das allen Einzelfällen gerecht wird.[29] Die Schwäche der primären Rechtssätze war es ja grade, dass sie, wenn sie auch im Durchschnitt ihren Zweck erreichten, doch in zahlreichen Einzelfälllen versagten. Sollen daher die sek. Rechtssätze nicht auch in diesen Fehler verfallen, so müssen sie fähig sein, sich dem Einzelfall anzupassen, sie müssen dehnbar sein.[30]

Die sekundären Rechtssätze geben dem Ermessen des Richters einen weiten Spielraum, sie sind deshalb eine Schutzwaffe des Rechts nur in der Hand eines hervorgehenden Richterstandes.

Der Umstand, dass grade das BGB. so zahlreiche und weittragende Vorschriften dieser Art enthält, beweist, ein wie hohes Vertrauen der Gesetzgeber unserm Richterstand entgegenbringt.

---

29) Jus ägnum — jus striktum. Vgl. Sohm a. a. O. § 7, S. 17. — Crome spricht hier von „elastischen Rechtssätzen" (vgl. „System des deutschen bürgerl. Rechts" I., S. 66).

30) Wollte der Gesetzgeber z. B. das Eigentum des Grundeigentümers am Luftraum über seinem Grundstück dadurch begrenzen, dass er sagte: „Einwirkungen, die über 100 m hoch vorgenommen werden, darf der Eigentümer nicht verbieten", so würde diese Vorschrift wieder in zahlreichen Einzelfällen ihren Zweck nicht erreichen. Durch die Fassung des § 905 ist für alle Einzelfälle vorgesorgt.

§ III.

Der Begriff der Chikane.

I.

Allgemeines.

§ 226 BGB. definiert die Chikane als „die Ausübung eines Rechts, die nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen".

Ich scheide aus dieser Definition zunächst das Wörtchen „kann" aus. Denn wenn dies Wörtchen auch, wie wir unten (Abs. IV) sehen werden, den Chikanebegriff für die Praxis etwas modifiziert, so bezweckt es doch hauptsächlich, nur die Beweisfrage zu regeln.

Chikane ist also „die Ausübung eines Rechts, die nur den Zweck hat, einen Andern zu schaden". Berücksichtigen wir noch, dass durch das Wörtchen „nur" offenbar vor allem das eigne subj. Interesse des Berechtigten ausgeschlossen werden soll, und dass das Wort „Absicht" die subj. Natur der Chikane vielleicht besser ausdrückt, als das Wort „Zweck",[1] so erhalten wir folgende Begriffsbestimmung:

1) „Die Rechtsausübung hat den Zweck", bedeutet natürlich nichts andres, als „sie erfolgt in der Absicht".

„Chikane ist die Ausübung eines subj. Privatrechts, die ohne eignes subj. Interesse und in der Absicht erfolgt, einem Andern zu schaden.“ [2]

Wir sehen also, dass die Chikane eine ganz besonders krasse Form des Rechtsmissbrauchs vorstellt: Rechtsausübung ohne eignes Interesse und zum Schaden Andrer, unvernünftiger und unsittlicher Rechtsmissbrauch (§ 2, VI).

Zugleich aber ist sie eine Form des Rechtsmissbrauchs im subj. Sinne: Was der Gesetzgeber hier reprobiert, ist nicht der Erfolg, das Fehlen des obj. Interesses des Berechtigten und die obj. Schädigung eines Andern; sondern es ist die Absicht, das Fehlen des subj. Interesses des Berechtigten und das Vorliegen der Schädigungsabsicht.

Der Begriff der Chikane erfordert also hauptsächlich zweierlei nach dem BGB, wie schon nach gemeinem Recht:

1. Eine Rechtsausübung muss vorliegen (das „jure uti“). 2. Sie muss erfolgen ohne eignes subj. Interesse und in der Absicht, zu schaden (oder in der alleinigen Absicht, zu schaden — „animus nocendi“).

II.

Die Rechtsausübung.

A. § 226 umfasst sämtliche subj. Privatrechte. Von diesen sind nun begrifflich wohl zu scheiden

2) Selbstverständlich darf auch nicht die Absicht, einem Andern zu nützen, vorliegen. Doch bilden das Fehlen der

die sog. Rechtsbefugnisse:[3] z. B. das Anfechtungsrecht (§ 121), das Wahlrecht (§ 262), das Kündigungsrecht (§ 247), Zurückbehaltungsrecht (§ 273), Rücktrittsrecht (§ 353).

Da aber das BGB. zwischen Rechten und „Rechtsbefugnissen" nicht trennt, so ist auch die Anfechtung, Kündigung u. s. w. Rechtsausübung im Sinne des § 226.

Es drängt sich weiter die Frage auf, ob der Besitz ein Recht im Sinne des BGB. ist. Diese Frage ist noch nicht endgültig entschieden, doch möchte ich mit Cosack (a. a. O. II, § 185, S. 61) annehmen, dass Besitz nur eine „Rechtsstellung" sei. Es würden also reine Besitzhandlungen nicht unter § 226 fallen.[4]

B. Nunmehr ist zu erörtern, was die „Ausübung eines Rechts" sei.

Absicht, sich zu nützen, und das Vorliegen der Absicht, einem Andern zu schaden, die charakteristischen Merkmale der Chikane. Daher sind sie allein in die Definition aufgenommen.

3) Endemann a. a. O. I § 14, S. 61 (1901). — Zum Verständnis dieser Unterscheidung diene folgendes: Gegenstand der Privatrechte sind — in letzter Linie — die Personen (Cosack I § 39, S. 127). Jedem Privatrecht entspricht daher die Verpflichtung einer Person zu einer Leistung, mag diese in einem Tun oder Unterlassen bestehen (Cosack § 80, S. 286). Dagegen steht der „Rechtsbefugnis" keine Leistungspflicht gegenüber, sie ist vielmehr „die nackte Befugnis, durch eignes Handeln eine Rechtswirkung gegen einen andern hervorzubringen" (Endemann a. a. O.). — Crome („System I", S. 176 f.) gebraucht in ähnlichem Sinne den Ausdruck „Gegenrecht", ebenso Fischer (Fischer-Henle BGB. I, Anm. 1 zu § 194). Nach Crome sind auch die Gegenrechte echte subj. Rechte.

4) Derselben Ansicht Blümner a. a. O., S. 184 f.

Diese Frage ist für uns ungemein bedeutsam,[5] bei der Definition, die wir für das subj. Recht gefunden haben (§ 2 I), aber nicht schwer zu beantworten.

Subj. Privatrecht ist rechtlich begrenzte und geschützte Willensmacht des Einzelnen. Ich übe mein Recht aus, wenn ich seinen Inhalt verwirkliche,[6] also:

1. wenn ich meinen Willen innerhalb der Rechtsschranken betätige.

2. wenn ich einem fremden Willen wehre, in meinen Machtkreis einzudringen. Denn die Schranken meines Rechts sind zugleich die Bollwerke meines Rechts.

Betrachten wir beispielsweise das Eigentum: Inhalt des Eigentums ist die Befugnis „mit der Sache nach Belieben zu verfahren, und Andre von jeder Einwirkung fernzuhalten (§ 903)". Ich übe mein Eigentumsrecht aus, wenn ich diesen Inhalt verwirkliche, also:

1. Indem ich mit der Sache nach Belieben verfahre. Darunter fällt das Besitzen, wie das Gebrauchen, Nutzniessen und Verbrauchen der Sache; jede rechtsgeschäftliche Verfügung über die Sache (Veräusserung, Belastung, Verzicht); und

5) So kann die Veräusserung einer Sache nur dann als Chikane aufgefasst werden, wenn die Veräusserung Ausübung des Rechts an der Sache ist (vgl. Blümner, S. 196. 197).

6) Vgl. Gierke „Deutsches Privatrecht" § 36, S. 319; Matthiass a. a. O., S. 266: „Ausübung eines Rechts ist Betätigung der in demselben verliehenen Macht".

endlich das Verändern oder gar Vernichten der Sache (tatsächliche Verfügung).[7]

2. Indem ich Andre von jeder Einwirkung auf die Sache fernhalte. Darunter fällt jede Geltendmachung meiner Herrschaft über die Sache gegenüber Andern, die mir dieselbe bestreiten, stören oder gar entziehen wollen. Diese Geltendmachung kann aussergerichtlich (durch Behauptung des Rechts, eigenmächtige Rechtsausübung), oder gerichtlich (durch Klage) erfolgen.

Diese Bestimmung und Einteilung des Begriffs der Rechtsausübung entspricht sowohl der herrschenden Lehre,[8] als auch den Anschauungen des BGB. Deshalb habe ich nicht nötig, eine nähere Begründung derselben zu versuchen. — Da aber Blümner, der von der ganzen Literatur über die Chikane allein ausführlich auf die Frage der Rechtsausübung eingegangen ist, teilweise zu andern Resultaten kommt, so will ich seine Ausführungen in dieser Hinsicht einer kurzen Kritik unterwerfen.[9]

---

7) Vgl. Ahrens „Recht und Rechtswissenschaft im allgemeinen in Holzendorffs Encyclopädie. S. 52. — Bruns „Das heutige römische Recht" ebendort, S. 385. — Cosack II § 195, S. 100.

8) Vgl. Dernburg „Bürgerliches Recht" I, S. 108: „Ausübung eines Rechts ist dessen tatsächliche Verwirklichung, aber auch dessen rechtliche Geltendmachung und gerichtliche Verfolgung". Ähnlich Jhering „Geist des röm. Rechts" Bd. III § 60, S. 333. V. ferner auch Gierke „Deutsches Privatrecht" § 36, S. 319. — Dagegen Thon in „Rechtsnorm und subj. Recht".

9) Neuerdings gibt auch Goldenberg (a. a. O. S. 73ff.) genaue Ausführungen über die Rechtsausübung; doch schliesst er sich fast durchgehend Blümner an.

C. Blümner möchte aus dem Begriff der tatsächlichen Verwirklichung eines Rechts die (rechtsgeschäftliche) Verfügung über das Recht ausscheiden. Er argumentiert folgendermassen:[10]

Verfügung über ein Recht ist gänzliche oder teilweise Aufgabe des Rechts. Also kann die Verfügungsbefugnis nicht Inhalt, die Verfügung nicht Ausübung des Rechts sein, denn man verwirklicht sein Recht nicht, wenn man es aufgibt. Das wäre ein innerer Widerspruch. Das Verfügungsrecht ist vielmehr ein von dem Recht, über welches verfügt wird, verschiedenes, es ist ein „allgemeines subj. Recht". —

Blümner übersieht hierbei, dass das subj. Recht rechtlich begrenzter Wille ist, dass es aber der Willensnatur nicht nur nicht „widerspricht", sondern sogar einer seiner vornehmsten Betätigungen ist, sich selbst zu beschränken. Ob der Herr den Sklaven peitscht oder freilässt, in beiden Fällen betätigt er sein Herrenrecht. Habe ich das Eigentum an einer Sache, so habe ich unbeschränkte Herrschaft über die Sache. Diese kann ich unbeschränkt zu meinem Vorteil ausnützen, indem ich die Sache besitze, gebrauche u. s. f. Ich kann sie aber auch zu Gunsten eines Andern beschränken, indem ich ihm den Niessbrauch an der Sache einräume. Ja, ich kann sie sogar ganz einem Andern abtreten, indem ich ihm die Sache übertrage. Alles dies kann ich nur, weil ich Eigentümer der Sache bin, weil mein Wille unbeschränkte Macht über sie hat.

10) Blümner a. a. O., S. 194—197; Goldenberg S. 91, 92.

Somit ergibt sich die Verfügungsbefugnis ganz von selbst aus der Natur des subj. Rechts als einer Willensmacht.[11] Man braucht daher die Verfügung durchaus nicht mit Jhering als „juristischen oder idealen Genuss" aufzufassen, um sie als Form der Rechtsausübung zu rechtfertigen.[12] Für Jhering freilich ist Recht „rechtlich geschütztes Interesse", die tatsächliche Rechtausübung also Genuss. Weil er daher im Verzicht keinen Genuss erblicken kann, vielmehr ein „Verschmähen", so erblickt er in ihm auch keine Rechtsausübung. Für uns aber, die wir das subj. Recht als Willen auffassen, bleibt auch der Verzicht auf das Recht Rechtsausübung: Ein Akt des Willens, durch den er sich seiner Macht entäussert.

Wenn Blümner S. 195 behauptet, die Veräusserung einer Sache stelle keinen Zustand her, der dem Eigentum entspräche, könne daher der Windscheid'schen Definition gemäss keine Ausübung des Eigentums an der Sache sein, so ist diese Behauptung ganz willkürlich. Ein Fundamentalsatz der Wirtschaftslehre ist es, dass die Sache nicht nur einen Gebrauchswert, sondern auch einen Tauschwert hat. Was berechtigt also Blümner zu der Behauptung, die Ausübung des Gebrauchswerts sei die alleinige dem Eigentum entsprechende Ausnützung? Das Eigentum ergreift die ganze Sache, also auch ihren Tauschwert.

---

11) Vgl. Gierke „Deutsches Privatrecht", S. 319 „Ausübung ist auch die Verfügung über ein Recht durch Veräusserung".

12) Jhering „Geist des röm. Rechts" III, § 60.

Zu wunderlichen Resultaten würde man übrigens kommen, wollte man die Blümner'sche Ansicht, dass die Verfügungsbefugnis nicht Bestandteil der „besondern subj. Rechte", sondern ein „allgemeines subj. Recht" sei, im Einzelnen durchführen. Dann würde z. B. der Niessbrauch, der ja den Inhalt des Eigentums mit Ausnahme der Verfügungsbefugnis (der tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen!) erschöpft, mit dem Eigentum (wenn man von dessen Vererblichkeit absieht) identisch sein! Nur würde sich dem Eigentum das „allgemeine Verfügungsrecht" beigesellen, dem Niessbrauch aber nicht.

Dass auch das BGB. auf dem hier vertretenen Standpunkt steht, geht für das Eigentum aus dem § 903 zur Genüge hervor. Denn wenn man kraft des Eigentums „mit der Sache nach Belieben verfahren" darf, so darf man sie nicht nur besitzen und nützen, sondern auch verpfänden, übertragen, fortwerfen — alles kraft des Eigentums.

Was aber für das Eigentum gilt, gilt auch für alle andern Rechte, namentlich die Forderungsrechte. Abtretung der Forderung ist Ausübung des Forderungsrechts: Ich will die Leistung, deren Herr ich bin, nicht für mich, sondern für einen Andern.

Damit erledigt sich auch die Frage, ob Annahme einer Leistung Ausübung des Forderungsrechts sei, welche Blümner aus anderen Gründen bejaht. (S. 192, 193). Denn Annahme einer Leistung ist Verfügung über die Forderung,[13] also Ausübung derselben.

13) Cosack I § 52, S. 153.

Ebensowenig wie die Verfügung über ein Recht, will Blümner die aussergerichtliche Geltendmachung desselben als Rechtsausübung anerkennen.[14] Diese soll vielmehr nur eine die Rechtsausübung vorbereitende Handlung sein. Es lässt sich schwer begreifen, wie Blümner nur übersehen konnte, dass es auch aussergerichtlich eine typische Form unzweifelhafter „streitbarer" Rechtsausübung gibt: Die eigenmächtige Rechtsausübung.[15] Was ist z. B. die Selbsthülfe des § 229 anderes als die eigenmächtige Ausübung eines Rechts, dessen Ausübung „Gefahr läuft, ohne sofortiges Eingreifen vereitelt oder wesentlich erschwert zu werden"?

Aber auch in dem Fall, den Blümner S. 158 anführt, um zu beweisen, dass aussergerichtliche Geltendmachung nur ein die Rechtsausübung vorbereitender Schritt sei, liegt offenbar Rechtsausübung vor: „Wenn die Kinder des Nachbarn mir das Obst aus dem Garten gestohlen haben, und ich führe hierüber gegenüber meinem Nachbarn Beschwerde, indem ich mein Eigentumsrecht betone und ihn auffordere, das etwa noch vorhandene Obst herauszugeben, so übe ich damit nicht mein Recht aus. Jeder kann sich mit seinem Nachbarn zanken".

Aber wenn nun der Nachbar, anstatt ein Gezänke zu beginnen, mein Eigentum anerkennt und das Obst herausgibt, habe ich da nicht mein Eigentum im besten Sinne des Wortes und mit dem besten Erfolge ausgeübt. Es ist doch wirklich nicht

14) Blümner, S. 158—160; Goldberg, S. 75.
15) Vgl. Cosack I § 78.

einzusehen, warum dort, wo ich den Nachbarn verklage und der Staat ihn zur Herausgabe des Obstes zwingt, eine Ausübung des Eigentums vorliegen soll, hier aber, wo ich selbst ihn durch energisches Betonen meines Eigentums zur Herausgabe zwinge, keine.

III.

Die Schädigungsabsicht.

Wir haben oben (I) die Chikane definiert als Rechtsausübung „ohne eigenes subjektives Interesse und mit der Absicht, einem Anderen zu schaden".

A. Rewoldt[16] unterscheidet den eben formulierten Begriff als „Chikane im engern Sinne", von der „Chikane im weitern Sinne", die auch solche Handlungen in Ausübung eines Rechts umfassen soll, welche neben der Schädigung eines Andern zugleich das Interesse des Berechtigten verfolgen.

Banke[17] findet diese Unterscheidung „unpraktisch" weil die Grenzen zwischen beiden Begriffen flüssig seien. „War die Schadenfreude das ausschlaggebende Moment, so liegt immer Chikane vor, sofern der angerichtete Schaden in keinem Verhältnis zu dem angestrebten Nutzen steht".[18]

---

16) Rewoldt „das Verbot der Chikane" bei Gruchot Bd. 24 S. 677 ff. „Der Begriff der Chikane lässt sich in einem weiteren und engeren Sinne fassen: a. Chikane ist Rechtsausübung, um einem Andern zu schaden; b. Chikane ist Rechtsausübung ohne Interesse, um einem Andern zu schaden".

17) Banke „Die Bestrafung der Chikane" in seinen „rechtswissenschaftlichen Untersuchungen".

18) Blanke a. a. O., S. 10.

Nach Blümner entbehrt sie sogar „jeder inneren Begründung“: „Mir scheinen für den Begriff der chikanösen Rechtsausübung jene zwei Erfordernisse zu genügen: 1. Ausübung eines Rechtes im subj. Sinne. 2. mit dem Zwecke, einen Andern zu schädigen. Ich lege keinen Wert darauf, ob der Ausübende ein eignes Interesse hat oder nicht“.[19] Blümner will also von der „Chikane im engern Sinne“ garnichts wissen; er erkennt nur die Chikane im weitern Sinne als eigentliche Chikane an, wenn er auch zugibt, dass der Chikanebriff des BGB. enger gefasst sei. Nun kann ich aber nicht einsehen, warum man gegenüber dem einmal festgesetzten Chikanebegriff des BGB. noch einen ganz selbständigen weiteren Begriff konstruieren soll. Dazu hat man umsoweniger Anlass, als auch die gesamte gemeinrechtliche Literatur[20] die Chikane immer in jenem engern Sinne definiert hat, und diese Literatur ist noch heute für die Auslegung massgebend.[21]

Deshalb möchte ich vielmehr mit Rewoldt (S. 680 a. a. O.) nur die Chikane im engern Sinne, die sowohl dem Begriffe des gemeinen Rechts als des BGB. entspricht, als alleinige und eigentliche Chikane anerkennen.

Die Gründe, die Blümner der Formulierung der engern Chikane entgegensetzt, sind nicht stich-

19) Blümner a. a. O., S. 134. — Ähnlich Goldenberg a. a. O. S. 21, 25.

20) Dernburg Pand. I § 41 „Daher ist es unzulässig, ein Recht bloss dazu zu missbrauchen, um Andre zu schädigen“. — Windscheid Pandekten I § 121.

21) Endemann I, S. 423, Anm. 16 (1901).

haltig. Er sagt S. 134 a. a. O.: „Genau betrachtet gibt es gar keine Rechtsausübung ohne eignes Interesse, denn auch das Interesse, zu schaden, ist offenbar ein Interesse.[22] Dieser Einwand erledigt sich für uns von selbst, da wir wissen, das für das Recht nur „rechtliche" Interessen in Betracht kommen. (S. oben § II Abs. II). Das Interesse zu schaden ist aber durchaus kein rechtliches Interesse.

Wenn Blümner weiter sagt (S. 135), man könne aber auch dann von Chikane sprechen, wenn ein „ökonomisches Interesse" (Streben nach Vorteil, also rechtliches Interesse) vorläge, so mag diese Auslegung des Chikanebegriffs dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechen (vergl. Rewoldt S 678). Dem Gesetzbuch aber entspricht sie nicht, und da auch die Logik sie durchaus nicht fordert, so kommen wir ganz ohne sie aus.

Einen entgegengesetzten Fehler scheint mir Dernburg zu begehen, wenn er behauptet, Chikane läge auch dann vor, wenn nicht Bosheit, sondern Eigensinn Motiv der Rechtsausübung sei:[23] Denn „Eigensinn" bedeutet nichts anderes als das Fehlen des subj. Interesses, der Chikanebegriff aber verlangt ausserdem noch die Schädigungsabsicht. Eigensinnige Rechtsausübung ist Rechtsausübung ohne subj.

22) Derselben Ansicht Knuth„ Über die sog. Chikane n. gem. Recht und dem BGB.", S. 2; Leonhard „Der allg. Teil des BGB. in seinem Einfluss auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft", S. 150.

23) Dernburg „Bürgerliches Recht" I § 43: „Ob Bosheit oder Eigensinn den Grund des schädlichen Handelns bildet, ist gleichgültig." Ebenso Hölder „Kommentar zum Allg. Teil des BGB", S. 458.

Interesse, also unvernünftiger Rechtsmissbrauch". Die Chikane aber ist Rechtsausübung ohne subj. Interesse und in Schädigungsabsicht, also unvernünftiger und unsittlicher Rechtsmissbrauch. Es geht nicht an, hier eine „Ausnahme von der Notwendigkeit des Zwecks der Benachteiligung eines Andern" (Hölder a. a. O.) deshalb zu konstruieren, weil diese Konstruktion dem Gerechtigkeitsgefühl entspricht.[24],

B. Der Begriff der „Chikane im engern Sinne", den Rewoldt aufstellt, enthält aber ausser der Schädigungsabsicht und dem Mangel des subj. Interesses noch zwei andre Elemente: Den Schädigungserfolg und den Mangel des obj. Interesses. Rewoldt definiert die „Chikane im engern Sinne" wörtlich als: „Rechtsausübung ohne eignes (obj. und subj.) Interesse zu dem Zweck und mit dem Erfolg, einem Andern einen Vermögenschaden zu bereiten (a. a. O. S. 686)".

Ob nun das Vorliegen der Schädigung und das Fehlen des eignen Nutzens für den Chikanebegriff des gemeinen Rechts, der Rewoldt ja allein interessiert, wesentlich war oder nicht, mag zweifelhaft sein. Für den Begriff des BGB. ist es jedenfalls nicht wesentlich, da § 226 nur von einem Zweck spricht, nicht von einem Erfolg. „Der Schaden soll abgewendet werden, zugefügt muss es noch nicht sein (Dernburg BR. I, S. 109)."[25] Die Chikane

24) Vgl. Crome „BGBl", S. 188 „Nur das Chikaneverbot (§ 226) verträgt keine Ausdehnung seines Wortlauts".

25) Ebenso Blümner a. a. O., S 135.

des BGB. ist eben eine Unterart des „Rechtsmissbrauchs im subj. Sinne", nur die Absicht des Berechtigten kommt in Betracht, nicht der Erfolg der Rechtsausübung. Ich kann daher dem Neidbau des Nachbarn, der mir Luft und Licht entziehen soll, schon wehren, wenn der Nachbar die ersten Anstalten getroffen hat, die unzweideutig auf seine Absicht hinweisen; ich brauche nicht erst zu warten, bis der Bau vollendet und die Schädigung erfolgt ist.

C. Die Schädigung, um die es sich bei der Chikane handelt, die also nach Rewoldt bewirkt, nach dem BGB. bezweckt sein muss, kann nach Rewoldt 1. in einer Vermögensschädigung, 2. Belästigung, 3. Entziehung einer Annehmlichkeit bestehen.[26] Eine solche Unterscheidung hat aber nur geringen praktischen Wert. Es genügt für uns zu wissen, dass der Schade nicht nur Vermögensschade zu sein braucht, und dies ist nicht nur von der ganzen Literatur anerkannt,[27] sondern geht auch aus dem Begriff „Schaden" hervor. Denn Schaden im Rechtssinn ist Verletzung rechtlicher Interessen.[28]

Doch bemerkt Blümner (S. 201) mit Recht, dass der beabsichtigte Schaden namhaft sein muss.

---

26) Rewoldt a. a. O., S. 678. Er führt als Beispiele an: ad 1. Minderung der Fruchtbarkeit eines Gartens. ad 2. Verdunklung einer Stube. ad 3. Entziehung einer schönen Aussicht.

27) Dernburg BR. I, S. 109: „Schaden ist auch immaterieller, nicht bloss Vermögensschaden"; Blümner, S. 135; Hölder a. a. O., S. 458. — Ebensowenig braucht das Interesse des Berechtigten, welches das Vorhandensein der Chikane ausschliesst, Vermögensinteresse zu sein. Vgl. das Beispiel, welches Hachenburg („Das BGB. Vorträge"), S. 70, 71 anführt.

28) Vgl. Dernburg Pand. I § 41.

Nicht jede kleine Unannehmlichkeit kann Rücksicht finden: minima non curat prätor.

Die Schädigung eines Andern muss beabsichtigt sein. Ob dieser Andre auch derselbe ist, der wirklich geschädigt resp. gefährdet wird, oder ob der Schade den trifft, dem er garnicht zugedacht ist (z. B. den Nachbarn B. anstatt des Nachbarn A), ist gleichgiltig. So sagt Dernburg (BR. I, S. 110): „Es ist nicht notwendig, dass ein bestimmter Dritter geschädigt werden soll.“[29]

Die Absicht muss dahin gehen, einem Andern Schaden zuzufügen. Es genügt also nicht, wenn sie dahin geht, ihn dem Schaden zu überlassen „Nicht besteht eine positive Pflicht, Einrichtungen zu treffen, die den Andern vor Schaden behüten.“[30]

IV.

Die Fassung des § 226.

A. Jetzt kommen wir endlich auf die eigenartige Fassung zu sprechen, die das BGB. dem Chikanebegriff gegeben hat. Es verbietet nicht eine Rechtsausübung, die nur den Zweck hat, sondern eine Rechtsausübung, die nur den Zweck haben kann, einem Andern Schaden zuzufügen.

Dies bedeutet eine gesetzliche Vermutung darüber, wann allein Chikane vorliegt.[31] Es wird hier eine besondere gesetzliche Beweisregel aufgestellt: Die Chikane gilt dann und nur dann als ganz bewiesen, wenn die Rechtsausübung garkeine

29) Ebenso Hölder a. a. O., S. 458.
30) Endemann I, S. 360 (1899); Kuhlenbeck BGB.“ zu § 226. Anm. 4.
31) Blümner a. a. O., S. 151.

andre Auffassung zulässt, als die, dass sie zu Schadenszwecken erfolge — wenn sie nur den Zweck haben kann, einen Andern zu schädigen.

Der Gesetzgeber ist sich der Tragweite eines allgemeinen Chikaneverbots wohl bewusst und demgemäss auch der Gefahr, die eine unvorsichtige Rechtsprechung auf diesem Gebiete mit sich bringen würde. Dieser suchte und verstand es dadurch vorzubeugen, dass er nicht die Schadensabsicht selbst zum Gegenstand des Beweises machte — denn hier, auf rein psychologischem Gebiet hätte der Richter leicht fehlen können — sondern die Schädigungsnatur der Rechtsausübung. Nicht die Seele des Berechtigten steht dem Richter zur Beurteilung, sondern die Natur, die ganze Erscheinung der Rechtsausübung. Diese muss, ganz objektiv betrachtet, derart sein, dass unter den obwaltenden Umständen jede andre Absicht als die Schädigungsabsicht schlechterdings ausgeschlossen ist. Nur dann ist der Richter auch zu dem Schlusse berechtigt, dass die Schädigungsabsicht auch subj. vorliege.[32] Diesen Schluss braucht er aber nicht ausdrücklich zu ziehen, denn ihn hat schon der Gesetzgeber gezogen.[33]

B. Durch die eigenartige Formulierung des Chikaneverbots hat der Gesetzgeber ausser der Beweisregelung aber noch zweierlei erreicht:

---

32) Endemann BR. I, S. 422 (1901). Plank Kom. I, S. 279; Crome a. a. O., S. 531.

33) Vgl. Blümner a. a. O., S. 150.

1. Während der Chikanebegriff nur die Schädigungsabsicht zulässt, wird in der Praxis auch dann Chikane anzunehmen sein, wenn die Rechtsausübung neben dem Schädigungszweck noch einen beliebigen andern als mittelbaren Zweck verfolgt. Denn nur der unmittelbare Zweck spricht sich in der obj. Erscheinung aus. Betrachten wir folgendes Beispiel: A. besitzt eine Villa mit einer herrlichen Aussicht auf einen naheliegenden See. Der Wiesenstreif, der sein Grundstück von dem See trennt, gehört dem B. B. errichtet nun auf seiner Wiese eine Mauer, die für ihn absolut nutzlos ist, dem A. aber die Aussicht gänzlich entzieht. Dieses bezweckt gerade B., aber er bezweckt noch mehr. Er hat A. schon lange um seine schöne Villa beneidet. Jetzt hofft er, dieser werde seine ihres Hauptschmuckes beraubte Besitzung verkaufen und gedenkt sie dann unter der Hand an sich zu bringen. In diesem Beispiel bezweckt der Berechtigte, B. zunächst die Schädigung des A., aber nur als Mittel zu seinem eignen Vorteil. Trotzdem liegt hier unzweifelhaft Chikane vor, denn in der Rechtsausübung an sich, in der Errichtung der Mauer spricht sich lediglich die Schädigungsabsicht aus. Jede weitere Absicht, jeder mittelbare Zweck tritt nicht in Erscheinung und wird deshalb nicht berücksichtigt, denn nur die obj. Erscheinung kommt nach § 226 in Betracht.

Darin hat also Hölder Recht, dass er sagt, die Anwendung des Chikaneverbots werde nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Schädigungszweck wieder

das Mittel zu einem andern „letzten Zwecke“ sei.[34] Er geht aber zu weit, wenn er behauptet, Chikane sei auch dann anzunehmen, wenn neben dem Schädigungszweck als Hauptzweck noch ein beliebiger andrer Nebenzweck verfolgt werde. Dies bedeutet eine ungerechtfertigte Erweiterung des Chikanebegriffs und geht auch aus der Formulierung des Verbots nicht hervor.

Die sachlichen Gründe, die Hölder für seine Ansicht anführt, scheinen mir unzutreffend: Hölder sagt S. 357: Die Schädigung könne garnicht der einzige Zweck einer Rechtsausübung sein. Denn „kein Verhalten hat einen Erfolg, dessen einzige Eigenschaft die durch denselben gegebene Benachteiligung eines Andern ist. Es ist daher auch kein Verhalten ein solches, das einen andern Zweck als den der Benachteiligung eines Andern nicht haben kann“.

Der erste Satz ist richtig, der zweite falsch. Freilich hat jeder Erfolg mehrere Eigenschaften, deutlicher „Begleiterfolge“; aber nicht alle diese Eigenschaften sind überhaupt fähig, Gegenstand der Absicht eines Menschen zu sein, bezweckt zu werden. Vielmehr nur die Eigenschaften, die irgend einen Wert vorstellen. Es gibt aber Eigenschaften, die stets oder unter normalen Umständen gar keinen Wert haben und daher auch garnicht bezweckt werden können.

Im obigen Beispiel war der Erfolg die errichtete Mauer. Dieser Erfolg hat freilich ausser der

34) Hölder Kommentar z. BGB. I, S. 457.

Schädigung des A noch andere Eigenschaften: So die Eigenschaft, dass ein Teil des Bodens nunmehr bedeckt ist, dass die Vögel sich auf die Mauer setzen können, dass den Maurern Gelegenheit zum Gelderwerb gegeben wird. Aber wegen dieser Eigenschaften ist die Mauer keineswegs gebaut worden, denn es sind ganz wertlose, indifferente Eigenschaften. Ein geistesgesunder Mensch wird nie eine Mauer deshalb bauen, damit sie den Boden bedecke, oder damit die Vögel darauf ruhen können. Aber er wird sie unter normalen Umständen, die wir hier annehmen wollen, auch nicht deshalb bauen, um den Maurern Arbeit und Lohn zu geben. Aus purer Wohltätigkeit lässt man nicht ein völlig wertloses Gebäude aufführen; wenn man keine Arbeit geben kann, gibt man eben Almosen. In unserm Falle sind daher alle Eigenschaften der Mauer mit Ausnahme der durch sie bewirkten Schädigung des A absolut bedeutungslos und ist daher die Schädigung des A der einzige mögliche (unmittelbare) Zweck.

Die Auslegung Hölders ist aber nicht nur sachlich unbegründet, sondern auch praktisch sehr bedenklich: Denn wenn es meist unzweifelhaft sein wird, ob eine Rechtsausübung (unmittelbar) nur den Schädigungszweck haben kann oder ob sie auch einen andern haben kann, so wird es häufig sehr zweifelhaft sein, ob der Schädigungszweck ihr Haupt- oder Nebenzweck sei. Es würde daher der Richter häufig „statt sich von klaren, scharfen Entscheidungsgründen leiten zu lassen, einem dunklen,

höchst subjektivem Rechtsgefühle folgen".[35] Und die Gefahr, welche durch die eigenartige Fassung des Chikaneverbots abgewendet werden sollte, wäre durch diese Auslegung wieder heraufbeschworen.

2. Während im Chikanebegriff der Erfolg der Rechtsausübung gar keine Rolle spielt, wird er in der Praxis zu einer gewissen Geltung kommen. Wenn nämlich eine Rechtsausübung dem Berechtigten oder auch nur einem Dritten namhaften Vorteil bringt, wird wohl selten Chikane anzunehmen sein. Denn wohl selten wird dann der obj. Charakter der Rechtsausübung ein solcher sein, dass jeder andere als der Schädigungszweck ausgeschlossen erscheint. So wird die Annahme einer Leistung oder einer Erbschaft wohl fast nie als chikanöse Ausübung des Forderungs- oder Erbrechts erscheinen, ebensowenig aber eine Schenkung, ein Vermächtnis oder eine sonstige unentgeltliche Zuwendung als chikanöse Ausübung des Eigentums. Denn die Annahme der Leistung oder der Erbschaft bringt dem Berechtigten, die Zuwendung dem Bedachten (unter normalen Verhältnissen!) einen unzweifelhaften Vorteil; und wenn die Absicht des Berechtigten auch garnicht auf diesen Vorteil gehen sollte, so lässt sich doch kaum nachweisen, dass sie schlechterdings ausgeschlossen ist.

V.

Zum Schluss will ich noch einige Entscheidungen der höheren Gerichte, welche seit dem 1. I. 1900

35) Vgl. das Votem der Minorität des Landesökonomie-Kollegs in der „Zusammenstellung der Gutachten" VI. S. 207 ff.

über das Chikaneverbot ergangen sind, heranziehen, weil sie mir geeignet scheinen, die Lehre vom Chikanebegriff praktisch zu erläutern.

A. A. hat ein Schlachtergeschäft an B. verkauft und zugleich die dazu gehörigen Geschäftsräume dem B. vermietet. Er verpflichtet sich, innerhalb eines bestimmten Gebiets kein Konkurrenzgeschäft zu eröffnen. Nach einiger Zeit kommt B. mit der Zahlung des Mietszinses in Rückstand; A. lässt ihn hinaussetzen und beginnt nun sein Schlachtergewerbe in den alten Räumen von Neuem. B. verklagt ihn auf Erfüllung der Konkurrenzklausel, unter der Behauptung, dass er innerhalb der in der Klausel vereinbarten Grenzen ein neues Geschäft eröffnen wolle. A. erhebt den Chikaneeinwand, welchen er darauf stützt, dass B., solange er selbst kein Geschäft betreibe, auch kein Interesse daran habe, auf Erfüllung der Konkurrenzklausel zu bestehen.

Das Reichsgericht[36] nimmt an, dass hier keine Chikane vorliege: Wenn es auch für B. augenblicklich gleichgültig ist, ob A. ein Schlachtergeschäft betreibt, oder nicht, so würde dies doch von dem Augenblick an für ihn sehr belangvoll werden, wo er selbst ein neues Geschäft eröffnete. Denn dann würde der schon bestehende Geschäftsbetrieb des A. seinem sich erst entwickelndem im Lichte stehen. Wenn also dem B. auch augenblicklich aus der Erfüllung der Konkurrenzklausel kein Vorteil erwächst, so kann dies doch in der Zukunft geschehen. Er

36) Urteil vom 24. Oktober 1900. Im „Sächsischen Archiv für Bürgerl. Recht und Prozess“ 1901, S. 466 f.

hat daher bereits jetzt ein Interesse daran, auf Erfüllung der Klausel zu halten, seiner Klage liegt ein „bereits vorhandenes, wenn auch nur mögliches Interesse“ zu Grunde. Hierdurch ist aber das Vorhandensein der Chikane ausgeschlossen.[37]

An diesem Beispiel können wir lernen, wie der Chikanebegriff in der Praxis gehandhabt wird: Zur Frage steht, ob die gerichtliche Verfolgung des Konkurrenzverbots, d. h. die Ausübung des in demselben enthaltenen Forderungsrechts im gegebenen Falle Chikane sei Um dies zu ermitteln, hat der Richter die obj. Erscheinung dieser Rchtsausübung zu prüfen. Stellt sich die Rechtsausübung ihrem ganzen Charakter nach als eine solche heraus, die nur den Zweck haben kann, den A. zu schädigen, so ist sie Chikane. — Der Richter stellt nun zunächst fest, dass die Geltendmachung der Forderung des B. gegen A. im vorliegendem Falle dem A. schwer schädigt: Wenn er gezwungen wird, sein eben eröffnetes Geschäft wieder zu schliessen, so gehen ihm einmal die Kosten der Eröffnung und sodann die zu erwartenden Geschäftseinnahmen verloren. Dies allein aber würde zu keinen Bedenken Anlass bieten: Denn regelmässig ist das, was den Berechtigten Vor-

37) In ähnlicher Weise wird die Ablehnung des Chikaneeinwandes begründet im Urteil des Reichsgerichts vom 2. Juli 1900 (D. Juristenzeitung pro 1900 S. 481). — Andre Entscheidungen, welche das Vorhandensein von Chikane verneinen: Urteil des Oberlandesgerichts Jena vom 28. April 1902 (Rechtsder Oberlandesgerichte pro 1902, II. Halbj. S. 62); Urteil des Obersten LG. für Bayern vom 14. Mai 1902 (Seufferts Archiv 1902, S. 388).

teil bringt, für den Verpflichteten von Nachteil. Nun bringt aber die Rechtsausübung hier auch dem B., dem Berechtigten keinen Vorteil, wenigstens augenblicklich. Er betreibt ja selbst kein Geschäft, also hat er doch keinen Nutzen davon, dass auch A. kein Geschäft betreibt. Ist es nicht also Chikane, wenn er dies beansprucht? Auf den ersten Blick scheint es so. Doch dann besinnen wir uns, dass es nicht darauf ankommt, ob die Rechtsausübung dem Berechtigten tatsächlich Vorteil bringe, ob sie von obj. Interesse für ihn sei, sondern darauf, ob es mittels der Rechtsausübung seinen — vielleicht nur möglichen oder zukünftigen — Vorteil erstrebe, also ein subj. Interesse an ihr habe. Spricht sich nun vielleicht dies letztere, das subj. Interesse des Berechtigten in der Rechtsausübung aus? Ja, denn wenn der Berechtigte auch zur Zeit kein Schlachtergeschäft betreibt, so ist doch unter den konkreten Umständen, besonders mit Rücksicht auf seine ausdrückliche Versicherung wahrscheinlich, dass er es in Zukunft wiedereröffnen werde. Es ist also anzunehmen, dass er mit der Verfolgung des Konkurrenzverbots bezweckt, sich diese Wiedereröffnung zu erleichtern. Und demgemäss ist es zum Mindesten nicht ausgeschlossen, dass er mit der Rechtsausübung seinen eignen Vorteil bezweckt — die Rechtsausübung ist nicht eine solche, die nur den Zweck haben kann, den Verpflichteten zu schädigen.

B. A. hat eine Forderung gegen den Bauunternehmer B. Um diese Forderung, welche

gefährdet erscheint, zu sichern, will er im Arrestwege eine Forderung pfänden, welche dem B. aus einem sog. Baugeldvertrage gegen C. zusteht. Dieser „Baugeldvertrag" ist ein Darlehnsvertrag zum Zwecke eines Bauunternehmens. Er verpflichtet den Baugeldgeber — hier C., dem Bauunternehmer — hier B. eine bestimmte Geldsumme in Raten darzuleihen, welche mit dem Fortschreiten des Baues fällig werden. Den B. verpflichtet er, diese Geldraten zur Aufführung des Gebäudes zu verwenden, welches dem Baugeldgeber zugleich hypothekarische Sicherheit bieten soll. — Eine solche Baugeldforderung seines Schuldners B. will also A. im Wege des Arrestes pfänden. Das Gericht lehnt indessen sein diesbezügliches Gesuch als Chikane ab; das Beschwerdegericht schliesst sich dieser Entscheidung an.[38] Die Begründung des Beschlusses ist folgende: Die Zwangsvollstreckung, und ebenso der Arrest, welcher sie sichern soll, dienen ihrem ganzen Wesen nach der Befriedigung des Gläubigers. Dieser Zweck kann aber im vorliegenden Falle durch die Pfändung der Baugeldforderung nicht erreicht werden. Denn wenn der Gläubiger sich die gepfändete Forderung später überwiesen liesse, so würde er dadurch wohl einen Anspruch auf Zahlung der Baugeldraten erwerben, würde aber zugleich verpflichtet sein, diese Raten dem Vertrage entsprechend zur Fortführung des Baues zu verwenden. Er würde also gänzlich ausser Stande sein, sich mittels der

38) Beschluss des Oberlandesgerichts zu Dresden vom 7. Dezember 1901 (Seufferts Archiv pro 1902 S. 343).

geschädeten Forderung für seine Forderung befriedigt zu machen — die Pfändung ist für ihn von keinerlei Interesse. Deshalb kann in dem Betreiben dieser Pfändung nur eine chikanöse Ausübung des Forderungsrechts gegen B. erblickt werden.[39]

Hier war also zunächst festzustellen, dass die Geltendmachung der Forderung, welche in der Pfändung der schuldnerischen Forderung liegt, im gegebenen Falle dem Gläubiger keinen Vorteil, dem Schuldner aber erheblichen Nachteil bringt — denn sie hindert ja den Schuldner an der Vollendung des Baues, welchen er übernommen hat. — Nunmehr kam in Frage, ob der Gläubiger mit der Pfändung nicht trotzdem irgend einen rechtlichen Vorteil verfolge, ob er also ein subj. Interesse für sich ins Feld führen könne. Diese Frage war zu verneinen: Wenn der Gläubiger, nachdem er einmal über die völlige Nutzlosigkeit der Pfändung belehrt worden ist, diese trotzdem weiterbetreibt, so ist nicht wohl denkbar, dass er dies in seinem eigenen Interesse tue. Er kann es nur noch in der Absicht tun, seinen Schuldner zu schädigen: Seine Rechtsausübung ist eine solche, die nur den Zweck haben kann, den Verpflichteten zu schädigen.

39) Andre Entscheidungen, in welchen das Vorliegen von Chikane bejahrt wird, sind: Urteil des Oberlandesgerichts zu Marienwerder vom 25. Juni 1901 (Jur. Monatsschrift für Posen, Ost- und Westpreussen 1901, S. 140) — Beschluss des Kammergerichts vom 5. März 1900 (Jahrb. f. Entscheidung des KG. 1900 S. 3).

§ IV.

Anwendung des Chikaneverbots.

I.

Ein Rechtssatz findet nur auf diejenigen Rechtsverhältnisse Anwendung, welche im Geltungsgebiet des Rechtssatzes ihren Sitz haben.[1] Das inländische Recht findet demgemäss nur auf inländische Rechtsverhältnisse Anwendung, während ausländische Rechtsverhältnisse, auch wenn sie Gegenstand eines inländischen Prozesses sind, dem ausländischen Rechte unterstehen.

Von diesem Prinzip stellt indessen A. 30 EG. zu BGB. eine Ausnahme auf: „Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstossen würde".

Wenn daher ein ausländischer Rechtssatz — direkt oder indirekt — die Chikane für zulässig erklärt, so ist seine Anwendung bei einem deutschen Gericht einfach ausgeschlossen, ob es sich nun um deutsche oder ausländische Rechtsverhältnisse handelt. Denn die Anwendung dieses Rechtssatzes, also die Billigung der Chikane durch das Recht,

1) Cosack I S. 44 ff.

würde den guten Sitten ebenso widerstreiten, wie die Chikane selbst: Die deutschen Gerichte haben das Chikaneverbot auf ausländische, wie auf inländische Rechtsverhältnisse anzuwenden.

II.

Ein Rechtssatz findet nur auf diejenigen Rechtsverhältnisse Anwendung, welche während der Geltungszeit des Rechtssatzes entstanden sind: Ins ad präterita retrahi nequit.[2] Das Recht des BGB. findet also nur auf solche Rechtsverhältnisse Anwendung, welche nach dem 1. I. 1900 begründet worden sind.

Man könnte versucht sein, von diesem Prinzip eine ähnliche Ausnahme zu konstruieren, wie sie für das internationale Privatrecht durch den A. 30 E.-G. zu BGB. geschaffen ist, und dem alten Recht die Anwendung schlechthin zu versagen, wenn sie gegen die guten Sitten oder den Zweck eines neuen Gesetzes verstossen würde.[3] Doch während man die Ausnahme dort aufstellen musste, weil sie vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochen war, darf man sie hier nicht aufstellen, weil sie hier anscheinend

2) Vgl. Cosack I S. 48 ff., Matthiass I, S. 34 ff.

3) Vgl. Hachenburg a. a. O., S. 77: „Der Spruch des Gerichts darf keinen Zustand herstellen, der im Widerstreit mit dem sittlichen Empfinden des Volkes ist. Wo das frühere Recht sie gestattet, das neue Recht eine Handlung verbietet, muss das neue Recht massgebend sein. Die Auffassung des Gerichts von — Sittlich und Unsittlich darf nicht verschieden sein, je nachdem der dem Gericht vorgetragene Tathestand vor oder nach dem 1 I 1900 sich vollendet".

nicht vom Gesetzgeber gewollt ist.[4] Deshalb behalten Rechtsverhältnisse, welche unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden, nach neuem Recht aber unsittlich oder unerlaubt sind, auch unter neuem Recht ihre Wirksamkeit. Es wird demnach auch jede Chikane, die vor dem 1. I. 1900 erfolgt ist, rechtswirksam und unanfechtbar bleiben, falls sie es nach dem alten Recht war; Das Chikaneverbot erstreckt sich nur auf solche Fälle chikanöser Rechtsausübung,[5] die sich aus der Zeit nach dem Inkrafttreten des BGB. herschreiben.[6]

III.

Das Chikaneverbot wird in der Praxis verschieden angewendet werden, je nachdem die chikanöse Rechtsausübung eine aussergerichtliche oder eine gerichtliche ist.

A. Ist sie aussergerichtlich, so steht demjenigen, dessen Schaden beabsichtigt wird, die Klage gegen den Veranstalter der Chikane zu.

4) Dieser Ansicht ist auch Cosack. Vgl. BR. I, S. 50.

5) Ob die Rechte, welche chikanös ausgeübt werden, vor oder nach dem 1 I 1900 entstanden sind. ist natürlich gleichgültig. Denn durch das Chikanverbot wird ja nicht der Inhalt der subj. Rechte verändert — dann würde es nach Matthiass I S 35, Cosack 1 S. 49 auf vor dem 1 I 1900 erworbenen Rechte nicht zurückwirken — sondern die subj. Rechte werden hier nur von aussen eingeschränkt durch eine Rechtsvorschrift, welche an die Rechtsausübung als Tatbestand anknüpft (vgl. oben S. 24).

6) Übrigens kommt auch Hachenburg schliesslich, wenn auch auf wunderlichen Umwegen, zu denselben Konsequenzen, zu welchem die hier vertretene Ansicht von vorneherein führt. S. a. a. O. S. 79, wo er zwischen der Verwirklichung und der Beseitigung eines unsittlichen Zustandes scheidet.

Und zwar die Klage auf Unterlassung der Chikane, wenn der Schaden noch nicht zugefügt, die Klage auf Herstellung des früheren Zustandes bezw. Ersatz in Geld, wenn die Schädigung bereits erfolgt ist.[7]

Die Schadensersatzpflicht gründet sich auf § 826 BGB.[8] § 826 umfasst alle Handlungen, ob sie nun auf grund der „allgemeinen Freiheit" oder in Ausübung eines besonderen Rechts erfolgen. Er lautet: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Andern vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Andern zum Ersatz des Schadens verpflichtet". Die Chikane verstösst zweifellos gegen die guten Sitten, die Schädigung eines Andern ist hier vorausgesetzt und sie erfolgt nicht nur vorsätzlich, sondern sogar absichtlich.

Aber § 826 geht, auch soweit er sich gegen Rechtsausübungen richtet, weiter als § 226.[9] Er wendet sich gegen jede Rechtsausübung, die wider die guten Sitten ist. Die Chikane ist eine Art solcher Rechsausübung, aber nicht die einzige Art. So wird eine Rechtsausübung, die dem Berechtigten unter unverhältnismässiger Schädigung eines Andern einen Nutzen bringen soll, wider die guten Sitten sein: Chikane ist sie nicht.

Andrer Ansicht ist Planck. Nach ihm trifft § 826, soweit er sich gegen Rechtsausübungen richtet, nur die Chikane. Planck argumentiert

7) Vgl. Endemann I, S. 360 (1899). — § 249 ff. BGB.

8) Vgl. Cosack I. S. 601; Rehbein „BGB. I", S. 339; Kuhlenbeck „BGB." § 226 Anm. 2; Hachenburg a. a. O., S. 70.

9) Vgl. Dernburg BR. I, S. 110.

folgendermassen:[10] Die Rechtsausübung, welche gegen § 826 verstösst, ist eine unerlaubte Handlung im technischen Sinne des BGB. Eine solche ist aber zugleich unzulässig. Nun erklärt aber § 226 ausdrücklich nur die Rechtsausübung für unzulässig, welche chikanös ist. Wollte man also annehmen, dass auch eine nichtchikanöse Rechtsausübung wider die guten Sitten sein könne, so würde dieselbe nach § 226 zulässig, nach § 826 aber unerlaubt, d. h. unzulässig sein. Somit ständen beide §§ im Widerspruch.[11] Deshalb muss man § 826, soweit er sich gegen Rechtsausübung richtet, so interpretieren: Eine Rechtsausübung ist nur dann wider die guten Sitten im Sinne des § 826, wenn sie chikanlös im Sinne des § 226 ist.

Planck legt m. E. zuviel Wert auf die Ausdrücke „unerlaubt" und „unzulässig". Für uns kommt es garnicht darauf an, diese Ausdrücke in Übereinstimmung zu bringen, für uns genügt es, dass sowohl unerlaubte als unzulässige Handlungen widerrechtlich, wider das obj. Recht sind. Es kann aber sehr wohl vorkommen, dass eine Handlung einem Satz des obj. Rechts nicht wider spricht, dem andern aber ja, also gegenüber dem einen Satz zulässig, rechtlich, gegenüber dem andern widerrechtlich, unzulässig erscheint. Dann ist eben der letztere Rechtssatz weiter als der erstere.

---

10) Plank „Kommentar z. allg. Teil", S. 279.
11) Ähnlich Blümner a. a. O., S. 199.

So ist es auch hier. § 226 verbietet nur solche Rechtsausübungen, die chikanös sind, § 826 alle Rechtsausübungen, die wider die guten Sitten sind; § 226 ist lex spezialis, § 826 lex generalis. Deshalb ist aber § 226 keine überflüssige Wiederholung eines Verbots, dass schon in § 826 enthalten ist: Denn § 226 geht ja in seinen Wirkungen viel weiter als § 826. Jener trifft die Chikane stets, während dieser sie nur dann trifft, wenn sie Schaden angerichtet hat. Jener gewährt daher nicht nur eine Klage auf Schadensersatz, wie dieser, sondern auch auf Unterlassung.

§ 226 greift eben einen besonders krassen Fall des § 826 heraus, um an ihn besonders strenge Rechtsfolgen zu knüpfen — dies ist ja die Bedeutung des lex spezialis (vgl. Strafrecht).

Wir haben gesehen, dass § 826 auf die Chikane Anwendung findet. Man ist nun zunächst versucht, auch § 823 I auf sie anzuwenden,[12] zumal sie, wie sich später ergeben wird, „widerrechtlich" im Sinne des § 823 I ist Doch spricht gegen § 823 I folgendes:

Er erfordert eine Handlung, welche Leben, Leib, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges Recht, d. i. Privatrecht[13] eines Andern verletzt. Die Chikane dagegen erfordert nur eine Schädigung, d. h. die Verletzung rechtlicher Interessen eines Andern im allgemeinsten Sinne. Deshalb wird es häufig genug vorkommen, dass die Chikane solche

12) So Blümner a. a. O., S. 198.

13) Vgl. hierüber Cosack I § 163, S. 596, 597.

Interessen verletzt, welche nicht zu den in § 823 I aufgezählten gehören. So stört die Mauer, welche dem A eine schöne Aussicht entzieht, sein seelisches Wohlbefinden. Hier und in vielen Fällen würde § 823 I versagen. Deshalb tut man besser, ihn ganz aus dem Spiel zu lassen. — § 823 II endlich kommt deshalb nicht in Betracht,[14] weil die „Schutzgesetze", von denen hier die Rede ist, Gesetze des öffentlichen Rechts sind,[15] das Chikaneverbot aber dem Privatrecht angehört.[16]

B. Bisher war von der aussergerichtlichen Chikane die Rede. Erfolgt nun die chikanöse Ausübung eines Rechts gerichtlich, also durch Klage auf grund des Rechts,[17] so steht dem Beklagten der Chikaneeinwand zu.

Es ist missverständlich, hier von „Chikaneeinrede"[18] zu sprechen. Denn durch § 226 wird nicht etwa dem Beklagten nur ein Leistungsverweigerungsrecht gegeben, ein Gegenrecht, welches das im übrigen intakte Recht des Klägers hemmt. Vielmehr ist das Recht, auf welches der Kläger sich stützt, garnicht mehr vorhanden, er hat es durch seine chikanöse Ausübung bereits überschritten.[19] (Chikaneeinwand also ein „rechtsvernichtender Einwand"). Deshalb

14) Dagegen Blümner a. a. O., 198, 199.

15) Vgl. Cosack I § 163, S. 599.

16) Nach Crome (a. a. O. I, S. 531, 71) freilich ist das Chikaneverbot eine öffentlich rechtliche Vorschrift.

17) Beispiel: A. hat in den Teich seines Feindes B. ein Steinchen geworfen. B. verklagt ihn wegen Eigentumsstörung (Cosack I § 77).

18) So Blümner, S. 198. Dagegen Ramdohr a a. O, S. 598.

19) Vgl. unten § V Abs. II.

hat der Richter das Vorliegen der Chikane auch von Amtswegen zu berücksichtigen, wenn es sich aus dem Vortrage des Klägers ergibt.[20]

IV.

§ 226 schützt denjenigen, welcher durch die Chikane gefährdet oder geschädigt wird, und trifft denjenigen, welcher die Chikane veranstaltet hat.

Anderer Ansicht ist Hölder. Er sagt a. a. O. S. 458, der durch die Chikane Getroffene könne sich auch gegen jeden Dritten wenden, „dem gegenüber er zur eignen Beseitigung jenes (chikanösen) Erfolges nicht befugt ist"; so könne sich z. B. der, welcher durch eine chikanöse Anlage bedroht oder geschädigt sei, auch gegen den dritten Erwerber oder unzurechnungsfähigen Besitzer der Anlage wenden.

Diese Ausdehnung des Chikaneverbots scheint mir der ratio legis zu widersprechen.[21] Denn das Chikaneverbot soll in erster Linie die chikanöse Absicht treffen, erst in zweiter Linie den Schädigungserfolg beseitigen. Das geht aus dem Begriff der Chikane unzweifelhaft hervor. Die chikanöse Absicht aber ist nur bei dem Veranstalter der Chikane vorhanden.

---

20) Vgl. Fitting „Reichscivilprozess" § 49, S. 211. — Der hier vertretenen Ansicht: Endemann I, S. 423 (1901). Crome I S. 531; dagegen Dernburg BR. I, S. 110.

21) Vgl. Dernburg BR. I, S. 110. Anm. 15.

V.

Wer immer Chikane behauptet, sei es in einer Klage, sei es in einer Einwendung, hat sie zu beweisen.[22] Denn jede Partei hat die Behauptungen zu beweisen, welche auf eine ihr günstige Entscheidung hinwirken.[23]

Da aber, wie wir oben sahen, nicht die Schädigungsabsicht als eine innere Tatsache[24] zum Beweise steht, sondern die „Schädigungsnatur" der Handlung, die an sich überhaupt keine Tatsache sondern ein „reines Urteil"[25] (besser: Gegenstand eines reinen Urteils) vorstellt, so ist über die Chikane

22) Vgl. Dernburg BR. I, S. 110; Kuhlenbeck zu § 226. Anm. 3.

23) Vgl. Fitting a. a. O. § 55 S. 244. — Diese Verteilung der Beweislast ergibt sich auch aus der Fassung des § 226: „Eine Rechtsausübung ist unzulässig, wenn"; vgl. Endemann I, S. 484 (1901).

24) Vgl. Fitting a. a. O. § 66 Anm. 5, S. 295.

25) Zum Verständnis der Unterscheidung zwischen „Tatsache" und „reinem Urteil" gebe ich, dem Kommentar zur CPO. von Wilmowski und Levy folgend, dieses an: Eigentlich ist jede tatsächliche Behauptung ein Urteil über die behauptete Tatsache, einen absoluten Unterschied zwischen „Tatsache" (tats. Behauptung) und „reinem Urteil" gibt es aber nicht. „Wenn verlangt wird, dass eine Partei Tatsachen, nicht Urteile beschwören soll, und dass ein Zeuge über Tatsachen, nicht über Urteile zu vernehmen ist, so hat dieser Gegensatz nur insoweit eine zu verwertende Bedeutung, dass Gegenstand eines Eides nur dasjenige werden soll, was jemand wahrgenommen oder getan hat, nicht aber Schlussfolgerungen aus dem ihm Bekannten und aus dem, was er wahrgenommen hat oder zu haben glaubt" (S. 665). „Ferner ist auch der richterliche Eid nur über Tatsachen, nicht über . . . reine Schlussfolgerungen aus Tatsachen zulässig" (S. 703). — Es ist klar, dass die Behauptung, eine Rechtsausübung könne nur den Zweck haben, einen Andern zu schädigen, eine Rechtsausübung sei Chikane, eine „reine Schlussfolgerung aus Tatsachen", ein „reines Urteil" ist.

als solche nicht nur Eideszuschiebung ausgeschlossen,[26] sondern auch richterliche Auferlegung des Eides.[25] Ebensowenig ist eine Zeugenaussage über sie denkbar.[25] Dagegen können die Tatsachen, welche auf die Chikane schliessen lassen (Indizien), natürlich mit allen Beweismitteln bewiesen werden.[27]

VI.

A. Wie im römischen Recht der Gedanke des Chikaneverbots vornehmlich bei den dinglichen Rechten auftaucht (vgl. die Quellenstellen oben § 1), wie § 28 I 8 des Preuss. Landrechts, § 887 II des III. Entwurfs zum BGB., die chikanöse Ausübung des Eigentums besonders untersagten, so wird auch jetzt in der Praxis das Sachenrecht und vor allem das Eigentum das eigentliche Feld der Chikane sein und bleiben.[28]

Dies erklärt sich folgendermassen:

Die dinglichen Rechte richten sich gegen Jedermann.[29] Deshalb wird der Berechtigte häufig im Stande sein, gegen irgend Jemand, der zu der Sache in Beziehung steht (z. B. ein Nachbar), und dem er nicht wohlgesinnt ist, sein Recht an der Sache auszuspielen, sich desselben zu seines Gegners Schaden zu bedienen.

Dagegen richten sich die obligatorischen Rechte nur gegen eine Person, oder doch eine beschränkte Zahl von Personen.[29] Hier liegen

26) Vgl. Dernburg BR. I, S. 110; Endemann I, S. 423 Anm. 12 (1901); Plank „Kom. I", S. 279; Blümner, S. 151.

27) Vgl. Enneccerus-Lehmann „Bürg. Recht I", S. 357.

28) Vgl. Endemann I, S. 423 (1901); Plank I, S. 279.

29) Vgl. Cosack I § 15.

natürlich die Voraussetzungen der Chikane seltner vor und demgemäss ist sie hier auch tatsächlich weit seltner.

Dies ist jedoch nicht der einzige Grund: Wie die obligatorischen Rechte sich nur gegen eine Person oder eine beschränkte Personenanzahl richten, so gehen sie auch nur auf eine Leistung oder eine beschränkte Zahl von Leistungen bestimmter Art. Dagegen gehen die dinglichen Rechte auf eine unbeschränkte Zahl von (meist negativen) Leistungen unbestimmter Art. Der Gesetzgeber vermochte die obligatorischen Rechte inhaltlich genau zu bestimmen, den Inhalt der dinglichen Rechte dagegen vermochte er nur zu umschreiben, anzudeuten. Deshalb wird ein dingliches Recht leichter gegen die Intentionen des Gesetzgebers ausgeübt, leichter missbraucht werden können als ein obligatorisches.[30]

Vor allen andern dinglichen Rechten bietet aber das Eigentum zur Chikane dadurch Anlass, dass es ein grundsätzlich schrankenloses Recht ist: Je unbeschränkter die Willensmacht des Einzelnen, desto leichter wird er sich zum Missbrauch seiner Macht verleiten lassen. Natürlich kommt hier besonders das Grundeigentum in Betracht, weil zu einem Grundstücke gewöhnlich mehr Personen in Beziehung stehen, als zu einer beweglichen Sache — man denke nur an die Nachbarn.[31]

---

30) Ähnlich Blümner; S. 202; Plank I, S. 279. Aus anderm Gesichtspunkte kommt Enneccerus (Bürgl. R. I, S. 357) zu diesem Schluss. Er verlangt nämlich bereits für den Begriff des Forderungsrechts ein schutzwürdiges Interesse.

31) Vgl. Dernburg BR. I, S. 109; Rehbein I, S. 339.

B. Im Familienrecht wird die Chikane keine grosse Rolle spielen. Denn während die Interessen, die das Verkehrsleben hervorbringt, rein egoistischer Natur sind, sind diejenigen, welche das Familienleben erzeugt, zu einem grossen Teil altruistischer Natur: Neben die Selbstliebe tritt hier die Liebe zu den Seinigen. Deshalb wird es tatsächlich selten vorkommen, dass der Gatte, der Vater, der Vormund seine Gewalt böswillig missbraucht.

Doch auch rechtlich, durch die Natur der subj. Familienrechte ist dieser Missbrauch erschwert, wenn auch nicht ausgeschlossen. Denn der Gesetzgeber hat die subj. Familienrechte begrifflich ganz anders gestaltet, als die übrigen Privatrechte. Man darf sagen, dass die subj. Familienrechte durch Sittlichkeit[32] und öffentliches Interesse gebundne Privatrechte sind. Und zwar sind sie nicht etwa von aussen her, durch „sekundäre" Rechtssätze, die der Sittlichkeit und dem Gemeinwohl dienen, eingeschränkt, sondern sie sind begrifflich, ihrem innersten Wesen nach gebunden. Dies entspricht durchaus der Natur des Familienlebens, dessen vornehmste Triebfeder nicht Selbstrecht, sondern Liebe ist, und welches andrerseits den Ursprung und die innere Grundlage des Staatswesens bildet. Im Gesetzbuch äussert sich es vornehmlich in zweierlei:

1. Alle subj. Familienrechte sind zugleich Pflichten:

32) Vgl. Endemann § 147, S. 583 (1900); ferner Ramdohr a. a. O., S. 596.

§ 1355 I: „Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet."

§ 1627: „Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen."

§ 1793: „Der Vormund hat das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten."

Hier erkennen wir deutlich die sittliche Gebundenheit der Familienrechte.

2. Über der eheherrlichen, der elterlichen und der vormundschaftlichen Gewalt steht die öffentliche Gewalt des Vormundschaftsgerichts.[33] Dieses hat das Interesse, welches die Allgemeinheit an einem gesunden Familienleben hat, gegenüber den rein privaten Interessen der Familienmitglieder zu vertreten.

C. Was endlich das Erbrecht angeht, so steht in seinem Mittelpunkt ein „Recht an Sach- oder Güterinbegriffen",[34] das Recht am Vermögen. Und zwar übt der Erblasser sein Recht am Vermögen (aktives Erbrecht) durch die letztwillige Verfügung über dasselbe aus, der Erbe sein Recht an der Erbschaft (passives Erbrecht) durch seine Erbschaftserwerbs-Handlungen.

Sowohl bei der letztwilligen Verfügung als beim Erbschaftserwerb wird Chikane im gesetzlichen Sinne selten anzunehmen sein, da diese Handlungen

33) Vgl. Cosack II § 290, S. 456; § 313 S. 335; § 338 S. 614.
34) Vgl. Cosack I, S. 55; S. 146, 147.

regelmässig dem Bedachten einen unzweifelhaften Vorteil bringen, und deshalb die Absicht zn nützen selten als schlechthin ausgeschlossen erscheinen wird (oben § 3 A IV).

Immerhin ist auch im Erbrecht Chikane denkbar, sogar chikanöse Erbeneinsetzung.[35] Blümner leugnet letzteres, weil „völlige Willkür Recht des Erblassers sei" (S. 203). Da aber die Willkür des Erblassers durch das Noterbenrecht beschränkt ist, so sehe ich nicht ein, wenn man gegen sie, wenn sie böswillig ist, nicht auch mit dem Chikaneverbot vorgehen soll — zumal die glückliche Fassung des Verbots jede ungehörige Anwendung desselben so gut wie ausschliesst.

VII.

A. Jakubezky sagt an einer Stelle:[36]

„Andrerseits gibt es aber Rechte, die durch den Tatbestand, an den sie geknüpft sind, soweit gerechtfertigt werden, dass es nicht angeht, eine Unter-

35) Beispiel: A. der mit seinem Sohne B zerfallen ist, setzt einen notorischen Lumpen zum Erben ein, über den er gegenüber B. häufig genug seine Verachtung ausgesprochen hat. — Dem Erbrecht gehört auch der Rechtsfall an, in welchem das Oberlandesgericht II C—S zu Marienwerder (Urteil vom 25. Juni 1901) Chikane für vorliegend erachtet: „Ein Miterbe, der Schuldner einer zum Nachlass gehörigen Forderung ist, kann während der Erbengemeinschaft nur insoweit zur Leistung angehalten werden, als ihre Bewirkung . . . . durch ein gerechtfertigtes Interesse des Miterben geboten ist; andernfalls ist in dem Zahlungsbegehren unzulässige Chikane (§ 226) zu erblicken" (Jur. Monatsschrift für Posen, Ost- und Westpreussen 1901, S. 141)

36) Jakubezky „Zur Frage des allg. Chikanverbots" Gruchot 40, S. 594.

suchung darüber zuzulassen, ob der Ausübung nicht Chikane zu Grunde liege."

Als Beispiel führt er an: Das Recht des Gläubigers, die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Gesamtschuldner zu fordern (§ 415, jetzt 421); das Einwilligungsrecht der Eltern gegenüber der Adoption ihres Kindes (§ 1723, jetzt 1747); das Recht des Vaters, Jemand letztwillig von der Vormundschaft über sein Kind auszuschliessen (§ 1758, jetzt 1782); das Wahlrecht (§ 262), Rücktrittsrecht (§ 346f.), Wandelungsrecht (§ 462f.) u. a. m.

Jakubezky, der bekanntlich das allgemeine Chikaneverbot bekämpfte, wollte durch diese Ausführungen beweisen, dass das Verbot, auch wenn es Gesetz würde, tatsächlich doch nicht gegenüber allen subj. Rechten anwendbar sein würde.

Auch Blümner sagt, S. 201: „Es ist hierbei zu beachten, dass in vielen Fällen die Anwendung des § 226 deswegen als ausgeschlossen erachtet werden muss, weil der Geschädigte in den Schaden eingewilligt hat, indem er dem Berechtigten durch die Einräumung des Rechts schon eine völlige Willkür in dessen Handhabung anheimgestellt hat." [37] Als Beispiele erwähnt er das Wahlrecht des Schuldners bei der Alternativobligation, das Wahlrecht des Gläubigers beim Gesamtschuldverhältnis (§§ 262, 421).

Es erscheint mir nun durchaus übertrieben, zu behaupten, dass es Rechte gäbe, deren Tatbestand bereits jede Möglichkeit einer chikanösen Ausübung ausschlösse. Jedes subj. Recht gibt

37) Ebenso Goldenberg a. a. O., S. 72.

dem Berechtigten eine Macht über andere, und deshalb ist schlechthin jedes subj. Recht dem böswilligen Missbrauch ausgesetzt. Das einzelne Gruppen von subj. Rechte der Chikane weniger Raum geben als die übrigen (oben IV), ändert hieran nichts.

Die Beispiele die Jakubezky anführt, überzeugen mich nicht. Ich sehe z. B. nicht ein, warum der Gläubiger sein Wahlrecht gegenüber den Gesamtschuldnern nicht chikanös ausüben kann. Nehmen wir folgenden Fall: Der überschuldete und zahlungsunfähige Kaufmann A schickt an s. Gläubiger ein Zirkular, in welchem er ihnen seinen Vermögensstand eröffnet und sie bittet, mit der Einziehung der Forderungen noch ein Jahr zu warten. Bis dahin hoffe er sich wieder emporzuarbeiten. Darauf verklagt der Gläubiger B ihn sofort auf Zahlung einer Geldsumme, für die A als Gesamtschuldner haftet. Die übrigen Gesamtschuldner des B sind in guter Vermögenslage, und auch sonst hindert B nichts sie zu verklagen.

Diese Ausübung des Wahlrechts gemäss § 421 kann doch nur den Zweck haben, den A zu ruinieren. Deshalb sehe ich nicht ein, warum man gegen sie nicht mittels § 226 vorgehen soll.

Ganz verfehlt ist es, wenn Blümner meint (v. oben), gewisse Rechte liessen die Chikane deshalb nicht zu, weil der Verpflichtete durch ihre Einräumung sich freiwillig der völligen Willkür des Berechtigten ausgeliefert habe. Denn das Chikane-

verbot ist zwingenden Rechts.[38] Daher kann seine Anwendung weder durch ausdrückliche noch durch stillschweigende Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen werden.

B. Hölder sagt in seinem Kommentar zum „allgemeinen Teil" (S. 456), Chikane sei dann ausgeschlossen, wenn die Rechtsausübung eine rechtsgeschäftliche, ein „Rechtsakt" sei. Denn der Rechtsakt habe „von Rechtswegen einen bestimmten, durch seinen Inhalt gegebenen Zweck, der stets ein anderer ist, als der nach unserm Paragraphen die Unzulässigkeit eines Verhaltens begründende".

Was Hölder hier von dem Rechtsakt sagt, trifft für jede Rechtsausübung zu. Denn jede Rechtsausübung hat von Rechtswegen einen bestimmten, durch ihren Inhalt, nämlich das subj. Recht, gegebenen Zweck, und dieser Zweck ist niemals ausschliesslich die Schädigung eines Andern. Wollte man also den Zweck beachten, den die Rechtsausübung „von Rechtswegen" hat, so würde überhaupt niemals Chikane anzunehmen sein. Es kommt aber auf den Zweck an, den die Rechtsausübung tatsächlich hat.

38) Vgl. Endemann I § 84a Anm. 12, S. 423 (1901).

§ V.

Wert des Chikaneverbots.

I.

Es gibt wohl wenige Gesetze, deren Wert so viel und so stark angezweifelt worden ist, wie der Wert des Chikaneverbots. Schon in der gemeinrechtlichen Literatur erhoben sich gewichtige Stimmen gegen dasselbe.[1] Bis es im neuen bürgerlichen Recht sich durchsetzte, hatte es mit zahlreichen Widersprüchen zu kämpfen (v. § 1). Aber auch nachdem es Gesetz geworden ist, sind die Meinungen über das Verbot sehr geteilt: Von manchen wird es begrüsst,[2] von den meisten aber mit offenem oder verstecktem Misstrauen behandelt.[3]

Was mich angeht, so halte ich das Chikaneverbot für eine „Konsequenz des Rechts selbst"[4] und habe versucht, diese meine Ansicht in meiner ganzen Arbeit zu begründen, vornehmlich aber im § II, wo ich klarzulegen suchte, wie das Verbot

1) Besonders Jhering in Jahrb. f. d. Dogm. VI, S. 101ff.; Rewoldt bei Gruchot 24 S. 677ff

2) Wenderoth a. a. O., S. 49; Gareis „Kommentar z. Allg. Teil", S. 260; Ramdohr a. a. O., S. 577.

3) Endemann I, S. 359 (1899); Endemann I, S. 424 Anm. 18 (1901); Plank Kommentar I, S. 279.

4) Ramdohr a. a. O., S. 590.

aus dem Boden des Rechts erwachsen sei. Wenn ich jetzt also die hauptsächlichsten Vorwürfe, die gegen das Verbot erhoben worden sind, einer kurzen Kritik unterwerfe, so habe ich nur die Resultate meiner bisherigen Untersuchungen zu ziehen und hier und da zu ergänzen.

II.

Man hat behauptet, das Chikaneverbot sei unlogisch und widerspruchsvoll, lasse sich juristisch garnicht rechtfertigen. Hören wir darüber Rewoldt:[5]

„Ein Verbot der Chikane würde sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn in der Chikane eine Rechtsverletzung sich erblicken liesse. Diese ist aber, mag man die Chikane im weitern oder im engern Sinne fassen, nicht vorhanden. Mithin muss man das Verbot der Chikane aus der Rechtswissenschaft streichen."

Um zu beweisen, dass Chikane keine Rechtsverletzung sei, argumentiert Rewoldt (S. 681 bis 685) folgendermassen: Die Erfordernisse der Rechtsverletzungen sind: 1. Der Rechtsüberschreitung muss gestört sein. 2. Diese Störung muss durch den Willen eines Menschen hervorgebracht sein. 3. Der störende Wille muss eine Rechtsausübung begehen. — Nun befindet sich aber bei der Chikane der menschliche Wille nicht in Rechtsüberschreitung, sondern in Rechtsausübung; folglich kann er auch

5) Rewoldt a. a. O., § 9.

keine Rechtsstörung hervorrufen; folglich ist Chikane keine Rechtsverletzung.

Diese Ausführungen Rewoldts beruhen auf der durchaus irrigen Ansicht, dass das Chikaneverbot nur die Ausübung der Rechte, nicht die Rechte selbst einschränke, dass also die Chikane noch Rechtsausübung sei. In Wahrheit ist sie aber nachdem sie einmal von dem Chikaneverbot getroffen ist, keine Rechtsausübung mehr, sondern Rechtsüberschreitung.[6] Ein allgemeines Chikaneverbot enthält eine Einschränkung aller subj. Privatrechte, und demgemäss überschreiten alle subj. Privatrechte, sobald sie den Tatbestand des Verbots erfüllen, d. h. chikanös ausgeübt werden, die Schranken des obj. Rechts: Chikane ist also wider das obj Recht, ist widerrechtlich.[7] Dies kann garnicht genug betont werden, denn so selbstverständlich es eigentlich ist, so finden wir dennoch nicht nur bei Rewoldt, sondern auch in der späteren Litteratur sehr häufig die Vorstellung, als sei durch das Chikaneverbot nur die Ausübung der Rechte

6) Vgl. Endemann I, S. 422 (1901) welcher in Anm. 8 treffend bemerkt: „Bei andrer Auslegung des . . . § 226 entstände ein unentwirrbarer Kreislauf; denn es ist schlechthin undenkbar, dass die Rechtsordnung auf der einen Seite ein Recht unbeschränkt zuspricht, zugleich aber seine Ausübung für rechtswidrig erklärt". — Ebenso Hölder „Kommentar I", S. 455, 456 — Wenn ich auf m. Ausführungen in § 2 verweisen darf, so bleibt die Chikane innerhalb der Grenzen der begriffbildenden „primären" Rechtssätze, sie überschreitet aber einen „sekundären" Rechtssatz.

7) Vgl. Endemann I, S. 360 (1899); Matthiass I, S. 266; Fischer-Henle zu § 226 A. 2.

getroffen, während die Rechte selbst garnicht berührt würden.[8]

Daher ist es garnicht so ungerechtfertigt, wenn Banke[9] bemerkt, der Ausdruck „gesetzlich verbotene Chikane" sei ein logischer Widerspruch, und wenn er statt dessen den Ausdruck „uneigentliche Chikane" vorschlägt. Freilich ist diese Spitzfindigkeit gar zu weitgehend, doch kommt in ihr der richtige Gedanke zum Ausdruck, dass eine gesetzlich verbotene Rechtsausübung keine Rechtsausübung mehr sei; und dass die Vorsicht Bankes doch nicht so ganz übertrieben ist, zeigt Blümner, welcher diese Bemerkung Bankes garnicht begreifen kann,[10] selbst, indem auch er sich hie und da durch das Wort „Rechtsausübung" verwirren lässt.

III.

Der zweite Hauptvorwurf, den man gegen das Chikaneverbot erhebt, ist der, dass das Chikaneverbot ein Prinzip, welches für die Moral wohl gelte,

---

8) So Wenderoth a. a. O., S. 48, welcher die §§ des BGB. welche der Chikane „vorbeugen", dem Chikaneverbot selbst gegenüberstellt, „denn dieses setzt ja den Missbrauch eines bestehenden Rechts voraus, und in den genannten Paragraphen ist das Recht selbst eingeschränkt." — So bemerkt Blümner S. 203, das Chikaneverbot werde im Erbrecht keine grosse Rolle spielen, „weil hier die Rechte selbst eine tunliche Einschränkung erfahren haben". Crome BR. I, S. 187 „Diese Vorschrift trifft zwar nicht das subj. Recht selbst in seinem Bestande, sondern nur dessen Ausübung . . . ." ; Goldenberg, S. 70, 71.

9) Banke a. a. O., S. 11, 12.

10) Blümner, S. 139. Wenn Blümner sagt „Banke müsste mit demselbeu Recht einen „verbotenen Mord" einen „uneigentlichen Mord" nennen", so ist das allerdings unbegreiflich!

der Natur des Rechts aber widerstreite, aus dem Gebiet der Moral in das des Rechts verpflanze. „Das Gebot beruht auf einer Verkennung der Grenzen zwischen Moral und Recht.“[11] Mit diesen Worten bekämpft Rewoldt das Chikaneverbot. Aber auch Endemann, der es nicht bekämpft, hält es doch für nötig, das Verbot durch Hinweis auf eine „höhere Sittlichkeit“ zu rechtfertigen.[12]

Ich hoffe nun in § 2 bewiesen zu haben, dass das Chikaneverbot weder die Grenzen zwischen Recht und Moral verwischt, noch überhaupt einer Rechtfertigung durch die Moral bedarf. Nach moderner Auffassung ist der Endzweck alles Rechts: Schutz menschlicher Lebensinteressen. Es folgt also aus der Natur des Rechts selbst, dass die Rechtsausübung dann ein Ende hat, wenn sie den Interessen eines Andern Schaden, den Interessen des Berechtigten keinen Nutzen bringen soll: Denn eine solche Rechtsausübung ist geradezu eine Verhöhnung des Rechtszwecks![13]

Also das Prinzip: „Quis suo jure utitur, nemini facit injuriam“ mag vielleicht das römische Recht schrankenlos beherrschen, — die moderne Rechtsanschauung hat dies Prinzip überwunden.

11) Rewoldt a. a. O., S. 702.

12) Endemann I, S. 421 (1901); noch deutlicher derselbe: I, S. 358 (1899).

13) Vgl. Rehbein I, S. 338 „Die böswillige Rechtsausübung, Chikane, kann von keinem Rechte geduldet werden, das auf dem idealen Standpunkt steht, dass summum jus nicht summa injuria werden darf und dass der formale Rechtsschutz nicht dem dienen darf, was materiell Unrecht ist, weil es dem sittlichen Gehalt des Rechts widerspricht. Der § 226 ist nur ein einzelner Ausfluss dieses allgemeinen, dem BGB. durchaus homogenen Standpunkts“.

IV.

Während die Bedenken gegen das Chikaneverbot, welche ich bisher besprochen habe, theoretischer Natur waren, sind die nachfolgenden vorwiegend praktischer Natur.

Jhering sagt in seinen „Ausführungen zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse des Nachbarn“:[14] „Ich halte jenes Verbot weder für quellenmässig begründet, noch für legislatio brauchbar. Den Fehler, den man dabei begeht, besteht darin, dass man einem obj. Gegensatz einen subj. Ausdruck gibt“. Dazu führt J. folgendes aus: Handlungen des Grundeigentümers, deren Wirkungen sich auf seine Eigentumsphäre beschränken — so das Bauen einer Mauer innerhalb seines Grundstücks, mag sie auch dem Nachbarn das Licht entziehen — sind erlaubt, sind Rechtsausübungen, sofern nicht der Nachbar eine Servitut an dem Grundstück hat. Handlungen dagegen, deren Wirkungen sich auf das Nachbargrundstück erstrecken — so das Erzeugen von Rauch, Lärm — sind unerlaubt, sind Rechtsüberschreitungen, sofern nicht diese Einwirkungen dem „Bedürfnis des gewöhnlichen Lebens“ entsprechen, also eine Legalservitut vorliegt. Ob aber der Grundeigentümer — hier wie dort — die Handlung in Schädigungsabsicht vornimmt oder nicht, darüber braucht er nicht Rede zu stehen, das ist für das Recht gleichgültig. „Die obj. Legalität der Handlung

14) Jahrbuch f. d. Dogm. VI, S. 104, 105.

macht das Recurrieren auf die subj. Absicht ebenso überflüssig wie unstatthaft".

Jhering bemängelt also an dem Chikaneverbot, dass es ein subj. Moment, die Schadensabsicht des Berechtigten zum Tatbestandsmerkmal erhebt. Was ihm hieran gewagt erscheint, kann nur folgendes sein:[15]

Eine rein psychologische Beurteilung der Partei ist für den Richter sehr schwierig, die Berücksichtigung der Absicht des Berechtigten daher für die Rechtsprechung bedenklich. Ferner aber bedeutet sie eine Gefahr für die individuelle Freiheit, welche doch durch die subj. Privatrechte gewährleistet werden soll, da der Berechtigte gezwungen wird, über die Absicht, in der er sein Recht ausübte, Rede und Antwort zu stehen.

Aber dies Wagnis ist garnicht so gross, wie Jhering sich den Anschein gibt. Auch in seinen Bestimmungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, über Wissen und Wissenkönnen, guten und bösen Glauben macht der Gesetzgeber ein subj. Moment zum Masstab. Trotzdem hat dies bisher weder der Sicherheit der Rechtsprechung, noch der Freiheit des Individuums Gefahr gebracht. Mir scheint sogar, es werde für den Richter häufig leichter sein, das Vorhandensein der Schädigungsabsicht festzustellen, als zu entscheiden, ob ein „Bedürfnis des gewöhnlichen Lebens" vorliege oder nicht. Doch wenn letzteres sich auch noch so leicht feststellen

15) Vgl. oben § 2 VI.

liesse, so kommt man mit der Unterscheidung zwischen einem „gewöhnlichen und ungewöhnlichen Bedürfnis“ einer „gewöhnlichen uud ungewöhnlichen Benutzung des Grundstücks“[16] nicht aus. Es wird nicht immer gelingen, durch diese Unterscheidung die Interessen des Nachbarn gehörig gegeneinander abzuwägen. Es werden immer Lücken bleiben.[17] Und darum ist es ein durchaus gesunder und dem Rechtsgefühl entsprechender Gedanke, wenn der Gesetzgeber diese Lücken wenigstens dadurch auszufüllen sucht, dass er dem Grundeigentümer verbietet, sein Grundstück in der alleinigen Absicht zu benutzen, seinem Nachbarn Schaden zuzufügen — ob nun diese Benutzung gewöhnlich oder ungewöhnlich ist.

Dass das Gesetz Lücken aufweist, wird nie zu vermeiden sein. Aber der Berechtigte soll sich wenigstens nicht dieser Schwäche des Gesetzes zum Schaden Anderer boshaft bedienen: Dem vermag der Gesetzgeber zu steuern, und dem steuerte er durch das Chikaneverbot.

V.

Man darf dem Chikaneverbot also nicht entgegenhalten, es mache ein subj. Moment zum Tatbestandsmerkmal: Denn dies ist durchaus kein neues Wagstück der gesetzgeberischen Technik; auch

16) Jhering a. a. O., S. 105. Die Unterscheidung, die J. vernimmt, entspricht im ganzen dem § 906 BGB.

17) Vgl. hierzu die Beispiele, die Banke a. a. O., S. 23 gegenüber Jhering anführt.

würde es für den Richter unter Anwendung der „freien Beweiswürdigung“[18] nicht gar zu schwer sein, festzustellen, ob eine bestimmte Absicht vorliege oder nicht.

Nun müssen wir freilich zugeben, dass es mit dem Chikaneverbot doch etwas Besonderes auf sich hat: Die Chikane erfordert die alleinige Absicht des Berechtigten, einem Andern zu schaden. Hier steht also zu beweisen, dass der Berechtigte keine andere Absicht gehabt habe, vor allem nicht die Absicht, sich zu nützen. Diesen Beweis zu erbringen, ist in der Tat sehr schwer. Dieser Punkt ist es, auf den die gesetzgeberischen Faktoren bei Erörterung der Frage, ob ein Chikaneverbot in das BGB. aufzunehmen sei, immer wieder hingewiesen haben.[19] Die Schwierigkeit ist aber, wie wir oben sahen (§ III, Abs. IV), durch die Fassung des § 226 glücklich beseitigt.[20] Denn jetzt steht nicht die Schädigungsabsicht und das Fehlen jeder anderen Absicht zu beweisen, sondern die Schädigungsnatur der Rechtsausübung.

VI.

Jakubezky sagt a. a. O. S. 596: „Die Ausschliessung chikanöser Rechtsausübung ist ein Grundsatz, der den Gesetzgeber leiten muss, aber

18) Vgl. CPO. § 286.

19) Vgl. oben § 1 III.

20) Vgl. Gareis „Kommentar z. allg. Teil“, S. 260: „Dies (die Vermeidung jener Gefahren) kann und wird geschehen durch die scharfe Betonung des „nur—kann“ des § 226“. — In demselben Sinne Enneccerus-Lehmann I, S. 356.

nicht ein zu unmittelbarer und unbeschränkter Anwendung geeigneter Grundsatz".

Jakubezky warnt den Gesetzgeber vor einem ausdrücklichen und allgemeinen Chikaneverbot. Er empfiehlt ihm, der Chikane überall da, wo sie erfahrungsgemäss häufiger auftritt, durch Einzelvorschriften „vorzubeugen" (vgl. oben § 1, III).

Ich hoffe nun dargetan zu haben, dass ein allgemeines und unbeschränktes Chikaneverbot keinen ernstlichen theoretischen oder praktischen Bedenken unterliegt. Dagegen erscheint mir die Methode, die Chikane von Fall zu Fall zu bekämpfen, welche Jakubezky vorschlägt, unzureichend.[21] Der Gesetzgeber kann nicht alle Einzelfälle, alle Interessenkollisionen, welche das vielgestaltige Leben erzeugt, vorherdenken. Daher mag er nur ruhig einen Teil seiner Arbeit in die Hand des Richters legen, indem er ein allgemeines Chikaneverbot aufstellt, den Richter aber ermächtigt, in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob eine Rechtsausübung Chikane sei, und ihr dann auf grund des allgemeinen Verbots der Chikane entgegenzutreten.

21) Derselben Ansicht Planck, „Kommentar zum Allg. Teil", S. 279.